16

Der Einfluss persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf Thäterschaft und Teilnahme.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde

der

Universitäts-Bibliothek Rostock

Juristen-Fakultät

der Landes-Universität Rostock

vorgelegt von

Heinrich Büll,

Gerichtsreferendar.

1902.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549205_0152

Meiner lieben Mutter

und dem

Andenken meines teuren Vaters.

Litteratur.

I. Lehrbücher und Kommentare.

Berner: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Aufl. 1898.

Binding: Grundriss zur Vorlesung über gemeines deutsches Strafrecht, 5. Aufl. 1897.

— Handbuch des Strafrechts, Band I 1885.

Hälschner: Das gemeine deutche Strafrecht, 1881—1887.

v. Holtzendorff: Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen, II 1871.

Köstlin: System des deutschen Strafrechts, 1855.

v. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 11. Aufl. 1902.

Merkel: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889.

H. Meyer: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5. Aufl. 1895.

Schütze: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. 1874.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Aufl. 1901.

Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 6. Aufl. 1900/01.

Oppenhoff: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 14. Aufl. 1901.

Rubo: Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1879.

Rüdorff-Stenglein: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 4. Aufl. 1892.

v. Schwarze: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 5. Aufl. 1884.

Koppmann: Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1885.

Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung, herausgegeben von v. Liszt, I. Bd. 1894.

II. Monographien.

Berner: Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, Berlin 1847.

Birkmeyer: Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts, 1890.

Borchert: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter, 1888.

van Calker: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, 1891.

Hecker: Ueber das Verhältnis des Civilstrafrechts zum Militärstrafrecht und den Begriff Militärpersonen, 1885.

Kohler: Studien aus dem Strafrecht, Band I 1890.

Krug: Die besonderen Umstände der Teilnehmer, Dissertation Giessen, 1899.

Luden: Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht, Göttingen 1836—40.

Mintz: Die Lehre von der Beihilfe, Riga 1892.

Oppenheim: Die Rechtsbeugungsverbrechen des deutschen Reichsstrafgesetzbuchs, 1886.

Otto: Aphorismen zu dem allgemeinen Teile des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1873.

Sonanini: Die Teilnahme von Civilisten an militärischen Verbrechen und Vergehen, Dissert. Erlangen 1897.

Wachenfeld: Die Ueberlegung in unserem heutigen Mordbegriff, Dissertation Göttingen 1887.

III. Zeitschriften und Sammlungen von Entscheidungen.

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Band XXXIV.

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band XIV.

Stenglein: Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft in Deutschland. Neue Folge. Band I, 1872.

Allgemeine Deutsche Strafrechtszeitung. 12. Jahrgang, 1872.

Goltdammers Archiv, Band XXII.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Band II, IV, V, VI, XV, XIX, XXII, XXIII, XXV, XXVII, XXVIII, XIV.

Oppenhoff: Rechtsprechung des Obertribunals in Strafsachen, Band I.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. I. Einleitung:
Die Behandlung unserer Frage in Wissenschaft und Gesetzgebung.
II. Der Einfluss persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf Thäterschaft und Teilnahme.
§ 2. 1. Begriff der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse.
2. Arten: Scheidung auf Grund des § 50 St.-G.-B.
§ 3. a. strafändernde Eigenschaften und Verhältnisse;
b. strafentscheidende;
§ 4. α. strafbegründende,
§ 5. β. strafausschliessende im weiteren Sinne:
αα. schuldausschliessende,
ββ. strafausschliessende im engeren Sinne.
3. Wirkung:
§ 6. a. der strafändernden Eigenschaften und Verhältnisse:
α. das Prinzip der accessorischen Natur der Teilnahmearten und seine Durchbrechung durch § 50 St.-G.-B;
β. Auslegung des § 50.
§ 7. b. der strafbegründenden:
α. bei der Mitthäterschaft,
β. bei Anstiftung und Beihülfe.
§ 8. c. der schuldausschliessenden:
α. Teilnahme ist hier ausgeschlossen, wohl aber mittelbare Thäterschaft möglich;
β. Zusammentreffen von strafbegründenden und schuldausschliessenden Umständen.
§ 9. d. der strafausschliessenden im engern Sinne:
α. gleiche Wirkung wie die strafändernden Umstände;
β. die Bestimmung der §§ 247 Abs. 3 und 289 Abs. 5 St.-G.B.

§ 1.

Bereits im Corpus iuris finden wir Entscheidungen, die sich mit der Frage nach dem Einfluss persönlicher Beziehungen auf die Strafbarkeit der an einem Delikt Beteiligten befassen.*) Eine Begründung und nähere Ausführung enthalten diese aber nicht, sie beschränken sich vielmehr darauf, eine schlichte Beantwortung der Frage bei dem gegebenen Beispiel beziehungsweise Rechtsfall zu erteilen. Für die spätere Wissenschaft waren diese Entscheidungen kaum von Wert.

Von den Zeiten der Glossatoren bis zu unseren Tagen können wir alsdann die Beobachtung machen, dass, wie bei der Behandlung der Teilnahmelehre überhaupt, so auch hier die Ansichten nach zwei Richtungen hin geteilt sind, je nachdem man der objektiven oder subjektiven Theorie beipflichtet.

Bei den italienischen Juristen des Mittelalters, insbesondere den Postglossatoren Baldus und Bartolus, tritt dieser Gegensatz zuerst am deutlichsten zu Tage. Während letzterer als Anhänger der objektiven Theorie die Strafbarkeit des Teilnehmers lediglich von der Handlung des Thäters abhängen lässt ohne Rücksicht auf die besonderen persönlichen Verhältnisse des Teilnehmers, zieht Baldus aus seiner Auffassung von der prinzipalen Haftung des Teilnehmers den Schluss, dass, da jeder Beteiligte für sich gesondert zu betrachten sei, als ob er die That allein begangen habe, in der Person des

*) z. B. l. 6 Inst. 4, 18; l. 6 Dig. 48, 9.

einen Teilnehmers — im weitesten Sinne verstanden — gegebene Beziehungen auf den anderen ohne Einfluss sein müssen.

Die genannten Praktiker gedachten in ihren Ausführungen nur der von ihnen so bezeichneten qualitates aggravantes et mitigantes, erst die spätere Wissenschaft zog die die Strafbarkeit begründenden Eigenschaften und Verhältnisse mit in die Erörterung hinein.

Auch bezüglich dieser tritt eine Spaltung der Meinungen ein.

Die einen Schriftsteller, so vor allem Köstlin*), vertreten den Grundsatz, dass jemand, der ein Delikt gar nicht begehen kann, weil ihm die zur Begründung der Strafbarkeit notwendige Qualität fehlt, an diesem Delikt sich auch nicht in strafbarer Weise beteiligen kann.

Eine andere Gruppe, zu der z. B. Berner**) gehört, stellt diese Regel nur für die Anstiftung auf, während sie die Bestrafung des Gehülfen und des Anstifters als Gehülfen offen lässt.

Am weitesten geht eine dritte Ansicht, deren Hauptvertreter Luden***) ist. Sie erklärt die Teilnahme auch an den Delikten, die der Teilnehmer selbst nicht begehen kann, in allen Fällen für strafbar, die äussersten Konsequenzen der von ihr behaupteten accessorischen Natur der Teilnahme ziehend.

Wie somit die Meinungen in der Wissenschaft geteilt waren, so finden wir auch in den unserem Reichsstrafgesetzbuch vorausgehenden Strafrechtskodifikationen des 19. Jahrhunderts die Frage in verschiedener Art geregelt.

---

*) System § 99.

**) Teilnahme S. 305.

***) Abhandlungen Bd. II, S. 356.

Ganz übergangen wird sie von einem Teil der Gesetzbücher, vor allem dem preussischen Strafgesetzbuch von 1851, die der Teilnahme unselbständigen Charakter beilegen. Die Praxis musste hieraus schliessen, dass das Gesetz auch bezüglich dieser Frage den objektiven Standpunkt vertritt. Um Zweifel zu vermeiden, haben andere Kodifikationen, die im allgemeinen gleichfalls auf diesem Standpunkt stehen, wie z. B. das württembergische Gesetzbuch von 1839 und das badische von 1845, dennoch eine besondere dementsprechende Bestimmung aufgenommen.

Das bayerische Strafgesetzbuch von 1813 hinwiederum und das braunschweigische von 1840 haben, obwohl auf dem Boden der objektiven Theorie stehend, die Frage des Einflusses persönlicher Umstände in dem dieser Theorie entgegengesetzten Sinne beantwortet.

Umgekehrt hat das die Teilnahme sonst subjektiv auffassende sächsische Strafgesetzbuch von 1855 gerade hier sich der objektiven Theorie angeschlossen, indem es die straferhöhenden Umstände des Thäters auch dem Teilnehmer zurechnete.

Das waren, in Kürze dargestellt, die über unsere Frage herrschenden wissenschaftlichen Ansichten und ihre Behandlung in der bisherigen Gesetzgebung, eine sehr schwankende Unterlage für den Gesetzgeber des deutschen Reichsstrafgesetzbuchs.

Dieser hat sich dafür entschieden, abweichend von seinem Vorbilde, dem preussischen Strafgesetzbuch, eine den Einfluss persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse regelnde Bestimmung in § 50 aufzunehmen, die folgenden Wortlaut hat:

„Wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen desjenigen, welcher dieselbe begangen hat, erhöht oder vermindert, so sind diese besonderen Thatumstände dem Thäter oder demjenigen Teilnehmer (Mitthäter, Anstifter, Gehülfe) zuzurechnen, bei welchem sie vorliegen."

Wir haben bereits erwähnt, dass das preussische Strafgesetzbuch eine dem genannten Paragraphen gleichkommende Vorschrift nicht enthielt. Es war daher streitig, ob die Strafbarkeit des Teilnehmers, ungeachtet dessen, ob dieser in demselben persönlichen Verhältnisse wie der Thäter zu der Thäterhandlung stehe oder nicht, aus dem Thatbestand der Hauptthat zu entnehmen sei.

Die Bejahung dieser Frage seitens des preussischen Obertribunals *) äusserte ihren Einfluss auf die Aufnahme einer dementsprechenden Bestimmung in den I. Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund.

Der dritte Absatz des § 41 des Entwurfs lautet nämlich:

„Wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer That wegen besonderer in der Person des Thäters liegenden Eigenschaften oder Verhältnissen erhöht oder vermindert, so sind diese die besondere Strafbarkeit bedingenden Umstände nur bei demjenigen Thäter oder Teilnehmer in Betracht zu ziehen, bei dem sie vorliegen."

Die Motive zu diesem dritten Absatz besagen:

„Der Schlussabsatz des § 41, welcher Vorschriften darüber gibt, welchen Einfluss persönliche Eigenschaften des Thäters oder des Teilnehmers auf die Strafbarkeit ausüben, will eine bekannte Controverse im Sinne des Bremischen Entwurfs von 1868 § 82

*) vgl. Oppenhoff: Rechtspr. I, S. 5 ff.

entscheiden. Diese Bestimmung enthält eine weitere Modifikation des an die Spitze des Paragraphen gestellten Grundsatzes und entspricht damit derjenigen Auffassung, von welcher das preussische Strafgesetzbuch bei den für den Kindesmord und den von Ascendenten gegen Kinder verübten Diebstahl gegebenen Bestimmungen ausgegangen ist. . . . Zur Begründung der Bestimmung kann hier auf die Bremischen Motive von 1868 S. 47 ff. Bezug genommen werden."

§ 82 des Bremischen Entwurfs hatte folgenden Wortlaut:

„Die auf die Strafbarkeit der That Einfluss übenden besonderen Umstände, welche nur in der Person des einen oder anderen Urhebers oder Teilnehmers vorhanden sind, sollen bei der Beurteilung der Strafbarkeit der übrigen weder zum Vorteile noch zum Nachteile derselben in Betracht gezogen werden, soweit das Gesetz nicht ein anderes bestimmt."

Die Motive lauten, soweit sie hier interessieren:

„Die in § 82 ausgesprochene Regel umfasst zwei Fälle, sowohl den, wo die Handlung nicht allgemein, vielmehr nur unter der Voraussetzung einer besonderen persönlichen Eigenschaft des Handelnden strafbar ist, als den anderen, wo die Handlung allgemein strafbar ist und nur in der Person des einen oder anderen Thäters oder Teilnehmers besondere Umstände vorhanden sind, die auf die Zurechnung oder den Grad der Strafbarkeit Einfluss haben. Jeder soll nur aus seiner Person, aus seinem strafrechtlichen Verhältnisse zur That beurteilt werden. . . . . Und wo die von mehreren begangene oder beförderte That von dem persönlichen Standpunkt des einen als qualifiziert erscheint, einer höheren oder milderen, schwereren oder

leichteren Strafe unterliegt, da soll dies bei der Bestrafung des anderen, der diesen persönlichen Standpunkt nicht teilt, nicht in Anschlag gebracht werden.“

Der II. Entwurf gab dem dritten Absatz des § 41 des I. Entwurfs, ihn als selbständigen Paragraphen 48 loslösend, die Fassung, die der jetzige § 50 R.-St.-G.-B. beibehalten hat. In der Begründung zu diesem Paragraphen heisst es:

„Die strafbare Handlung, an welcher mehrere Personen teilgenommen, kann gegenüber den einzelnen Teilnehmern in Bezug auf ihren rechtlichen Charakter und die durch ihn bedingte Schwere derselben eine verschiedenartige sein, je nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen, in denen der Thäter sich befindet, z. B. bei der Teilnahme eines Dritten an einem von jemandem gegen einen Verwandten aufsteigender Linie begangenen Totschlag; die That ist gegenüber dem Dritten ein einfacher Totschlag, gegenüber dem Thäter ein qualifizierter.

Der Entwurf hat angenommen, dass in einem solchen Falle jeder Teilnehmer nach dem Gesetz bestraft werden soll, welches auf seine That, ohne Rücksicht auf die besonderen persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse der übrigen Teilnehmer, Anwendung leidet, und auch hierdurch den allgemeinen Satz zur Geltung bringen wollen, dass ein jeder lediglich nach dem Grade ‚seiner‘ Verschuldung, wie sie sich nach seiner Thätigkeit und seinen Verhältnissen gestaltet, bestraft werden soll.“

§ 2.

Der Begriff „persönliche Eigenschaften und Verhältnisse“ wird im Strafgesetzbuch an einziger Stelle im

§ 50 erwähnt. Er ist an sich ein sehr unbestimmter und wird auch vom Gesetz nicht näher erläutert. Wir müssen daher zunächst prüfen, ob die Entstehungsgeschichte des § 50 einen Anhaltspunkt dafür bietet, was der Gesetzgeber unter ihm verstanden wissen will.

Der jetzige § 50 und § 48 des II. Entwurfs stimmen wörtlich überein, letzterer Paragraph enthält mit unwesentlichen redaktionellen Aenderungen dieselbe Bestimmung wie der dritte Absatz des § 41 des ersten Entwurfs, der wiederum nichts anderes ist als eine Nachbildung des § 82 des Bremischen Entwurfs, nur dass er die die Strafbarkeit begründenden Umstände ausschliesst. Wir sind somit berechtigt, sowohl die Motive zu § 48 des II. und zu § 41 Abs. 3 des I. Entwurfs, wie auch die Motive zu § 82 des Bremischen Entwurfs zu berücksichtigen und zu benutzen, und können daher sagen, dass unter persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen im § 50 dasselbe zu verstehen ist, was § 82 des Bremischen Entwurfs mit den Worten umschreibt: „die besonderen Umstände, welche nur in der Person des einen oder anderen Urhebers oder Teilnehmers vorhanden sind."

Näheren Aufschluss geben uns die Motive nicht, so dass wir wohl den Schluss zu ziehen berechtigt sind, dass der Gesetzgeber den in Rede stehenden Begriff den früheren Kodifikationen nur entnommen und mit Absicht nicht näher erläutert, vielmehr dies der Wissenschaft überlassen hat.

Und welche Begriffsbestimmungen finden wir hier?

Allgemein hat man sich den Definitionen Rubo's*) angeschlossen und bezeichnet als persönliche Eigenschaften

*) Vgl. Rubo § 50 Note 2, 3; Frank S. 77 I; Olshausen § 50 Note 1; Borchert S. 34.

die Beschaffenheiten des Wesens eines Menschen, als persönliche Verhältnisse die Beziehungen eines Menschen zu einem anderen Menschen oder zu irgend einem Dinge.

Mit diesen Definitionen ist aber nicht viel gewonnen. Eigenschaft und Beschaffenheit ist so ziemlich dasselbe, ebenso Beziehung und Verhältnis. Ausserdem gehen beide Begriffe in einander über. Ein Verhältnis, das eine gewisse Beständigkeit angenommen hat, nennen wir einen Zustand; aber auch die Eigenschaft ist ein Zustand, der dem Wesen oder der Natur der Sache d. h. den Beziehungen derselben zu uns oder anderen Sachen, in denen wir dieselbe zu denken gewöhnt sind, in irgend einer Weise entspricht*).

Eine streng begriffliche Unterscheidung ist somit schwer durchführbar, wenn nicht gar unmöglich; sie ist aber auch entbehrlich. Aus der Hinzufügung des Attributs „persönlich" können wir nur soviel entnehmen, dass es sich um Umstände handeln muss, die eng mit der Person verknüpft sind, aber nicht so eng, dass sie nicht wieder von ihr loszulösen sind.

Dieses gilt, da wir von einer Trennung beider Begriffe wegen ihres Ineinandergreifens absehen mussten, sowohl für die Verhältnisse wie auch für die Eigenschaften, so dass erstere wie letztere ganz vorübergehender Natur sein können.

Unter Berücksichtigung dieser Ausführungen und mit Rücksicht auf die Unbestimmtheit der vom Gesetz gewählten Ausdrücke müssen wir von einer allgemeinen Definition absehen, wir sind vielmehr genötigt, die einzelnen im Strafrecht erwähnten und hier wegen ihrer persönlichen Beziehung nur in Frage kommenden Thatumstände ins Auge zu fassen und sie auf ihre Zugehörigkeit

*) Vgl. Krug S. 71.

zu den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen zu prüfen.

Was die äussere Abgrenzung dieser Umstände angeht, so ist es am zweckmässigsten, wenn wir uns derjenigen bedienen, die wir dem Wortlaut des § 50 St. G. B. entnehmen können. Dadurch wird die Darstellung ihrer Wirkung wesentlich vereinfacht und erleichtert.

Ob diese Abgrenzung an sich zu billigen ist, muss uns hier gleichgültig sein, da wir uns nur mit dem geltenden Recht befassen. Der Paragraph spricht von denjenigen persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen, die die Strafbarkeit einer Handlung „erhöhen oder vermindern". Diesen strafändernden Umständen, wie wir sie der Kürze halber bezeichnen wollen, stehen die strafentscheidenden gegenüber, d. h. diejenigen, die für die Existenz der Strafbarkeit von Wichtigkeit sind*).

Unsere Aufgabe ist im folgenden demnach eine doppelte, einmal werden wir untersuchen, welche im Reichsstrafrecht, insbesondere im Reichsstrafgesetzbuch erwähnten Thatumstände zu den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen an sich gehören und gleichzeitig, ob sie strafändernde oder strafentscheidende Bedeutung haben, und zum zweiten, welche Wirkung diese einerseits auf den Thäter, andererseits auf die Teilnehmer ausüben, je nachdem sie bei dem einen oder anderen vorliegen.

§ 3.

An die Spitze der strafändernden persönlichen Thatumstände stellen wir diejenigen, die zweifellos zu dieser Gruppe zu zählen sind.

*) Vgl. Krug S. 15.

An erster Stelle ist hier die Staatsangehörigkeit zu nennen, wie sie für die in den §§ 80, 94—101 St. G. B. mit Strafe bedrohten Delikte von Bedeutung ist. Das straferhöhende Moment ist die Verletzung der Unterthanentreue, das Verhältnis des Thäters oder Teilnehmers zum Kaiser, zum eigenen Landesherrn, dem Landesherrn des Aufenthaltsortes oder zu einem Bundesfürsten.

Als Straferhöhungsgrund finden weiterhin Berücksichtigung das Verhältnis als Ehegatte in dem durch die Novelle vom 25. Juni 1900 eingeschobenen Zuhälterparagraphen (181 a Abs. 2), das Ascendentenverhältnis bei dem sogenannten Ascendententotschlag (§ 215 St. G. B.) nnd der Körperverletzung eines Ascendenten (§ 223 Abs. 2 das.), das Descendentenverhältnis bei der Aussetzung im Sinne des § 221 Abs. 2 ; andererseits ist strafmindernd das Verhältnis der Mutter zu ihrem ausserehelichen Kinde in § 217 St. G. B.

Ferner sind als strafmindernd aufzufassen das Verhältnis des Zeugen oder Sachverständigen zu einem Verbrechen oder Vergehen (§ 157 Nr. 1)*), das Verhältnis zu der Person, zu deren Gunsten eine falsche Aussage gemacht ist (§ 157 Nr. 2), sowie das Verhältnis des Meineidigen und dessen, der sich einer falschen Versicherung an Eidesstatt schuldig gemacht hat, zu den Folgen des Verbrechens (§ 158 St. G. B).

Schliesslich gehören zu den strafändernden Umständen noch die Standesverhältnisse, wie sie den uneigentlichen Amtsdelikten und den sogen. militärisch qualifizierten Verbrechen und Vergehen zu Grunde liegen.

*) Olshausen § 50 Note 4; Entschdg. des R. Ger. IV. S. 378, XXII. S. 106.

Diese Delikte enthalten stets den Thatbestand eines gemeinen Verbrechens, das Verhältnis als Beamter oder Militär bildet für diese Personen lediglich einen Straferhöhungsgrund.

Alle einzelnen hierher zu zählenden Fälle des Reichsstrafgesetzbuchs und des Reichsmilitärstrafgesetzbuchs zu nennen, würde zu weit führen; als Beispiele nur folgende: aus dem Abschnitt „Verbrechen und Vergehen im Amte“ §§ 340, 341, 342, 347, 349–351, 354, 357; aus anderen Abschnitten des besonderen Teils des R. St. G. B.: §§ 128, 129, 222, 230; dem M. St. G. B. entnommen: §§ 57, 91, 97, 121, 122.

Während die bisher aufgeführten Umstände einerseits unstreitig persönliche Eigenschaften und Verhältnisse sind und andererseits ebenso unstreitig strafändernde Bedeutung haben, sind diese Fragen bei den Thatumständen der Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit, des Rückfalls, der Jugend, des Reizes, der mildernden Umstände und der Ueberlegung bestritten.

Was zunächst die Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit angeht, so müssen wir uns bei der Lösung der Frage nach der Zugehörigkeit zu den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen vor allem vergegenwärtigen, ob die sprachliche und strafrechtliche Bedeutung dieser Worte eine derartige Annahme zulassen.

Leicht ist dies zu zeigen bei der Gewohnheitsmässigkeit. Gewohnheit ist der Hang, eine Handlung, die man bereits mehrfach begangen, noch weiter zu begehen, und zwar derart, dass die wiederholte Begehung der Grund und die Veranlassung dieses Hanges wird. Ist nun dieser Hang auf die Begehung desselben Deliktes gerichtet, so erhält er zweifellos dadurch dauernden

Charakter dergestalt, dass durch ihn der Wille des Thäters auf denselben Punkt geleitet wird, den Punkt, die Richtung nämlich, immer wieder das gleiche Delikt auszuführen. Auf diese Art und Weise wird der verbrecherische Hang zur Charaktereigentümlichkeit, also zu einer persönlichen Eigenschaft.

Nicht anders verhält es sich auch mit der Gewerbsmässigkeit.

Gewerbe im allgemeinen ist die fortdauernde Thätigkeit, die auf die Erlangung von Gewinn hinzielt.

So besteht auch die Gewerbsmässigkeit im strafrechtlichen Sinne in der Absicht, sich durch fortgesetzte Begehung eines Verbrechens einen Gewinn zu verschaffen, aus dessen wiederholter Verübung eine Erwerbsquelle zu machen. Diese Absicht umfasst den Willen des Thäters so vollständig, dass man daraus schliessen kann, die Einzelhandlungen, die in dieser Absicht ihren Grund haben, seien aus einer dauernd gewordenen Willensrichtung entsprungen.

Fassen wir die Gewerbsmässigkeit in dieser Weise auf, so werden wir finden, dass die hier in Rede stehende Absicht vollkommen dem Sinne nach mit dem der Gewohnheitsmässigkeit zu Grunde liegenden Hange übereinstimmt. Haben wir aber diesen Hang als persönliche Eigenschaft erkannt und festgestellt, so ist das gleiche von der Absicht bei der Gewerbsmässigkeit, somit von dieser selbst, zu sagen.

Wenn auch oben hervorgehoben worden ist, dass der Hang, die Willensrichtung, dauernd geworden, so ist darunter nicht eine unbegrenzte Dauer zu verstehen, es kann vielmehr z. B. die Absicht, sich aus der Hehlerei Vermögensvorteile zu verschaffen, wenn sie auch gewissermassen stabil geworden ist, doch nach längerer oder

kürzerer Zeit wieder aufgegeben worden sein, immerhin war die Gewohnheits- und Gewerbsmässigkeit in einem solchen Fall während der Zeit eine persönliche Eigenschaft des Thäters zu nennen.*)

Die Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit kommen verschiedentlich im Strafgesetzbuch zur Anwendung, strafändernde und zwar straferhöhende Bedeutung haben sie nur in den Fällen der Hehlerei, des Jagdvergehens und des Kreditwuchers (§§ 260, 294, 302 d). Von weiteren Reichsgesetzen, in denen diese Umstände straferhöhend wirken, seien genannt: das Münzgesetz vom 9. Juli 1873 in § 13 und das Reichsbankgesetz vom 14. März 1875 in § 57 in Verbindung mit § 11 daselbst.

Zur Erläuterung folgende Beispiele: In den §§ 258, 259 giebt das Strafgezetzbuch eine Definition der Hehlerei und bedroht deren Begehung mit Gefängnis. Dann bestimmt es in § 260, dass derjenige, der die in den beiden vorhergehenden Paragraphen näher erklärte Hehlerei gewerbs- oder gewohnheitsmässig betreibt, mit Zuchthaus zu bestrafen ist. Aus der Gegenüberstellung des § 260 mit den §§ 258, 259 ist somit ersichtlich, dass die Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit hier der Hehlerei als straferhöhendes Moment hinzutritt.

Das Reichsbankgesetz vom 14. März 1875 bestimmt (§ 11), dass ausländische Banknoten oder sonstige auf den Inhaber lautende unverzinsliche Schuldverschreibungen ausländischer Korporationen u. s. w., wenn sie ausschliesslich oder neben anderen Wertbestimmungen in Reichswährung oder in einer deutschen Landeswährung aus-

*) Ebenso: v. Liszt S. 214; Olshausen § 50 N. 4, § 260 N. 4; Oppenhoff § 50 N. 5; Borchert S. 37; Kohler S. 133; E. d. R. G. IV. S. 185, XXIII. 378, XXV. S. 267 ff. A. M. Binding: Grundriss S. 129; Otto § 50 N. 2.

gestellt sind, innerhalb des Reichsgebietes zu Zahlungen nicht gebraucht werden dürfen. Die Verletzung dieser Bestimmung bedroht § 57 des Gesetzes mit Geldstrafe, gleichzeitig bestimmt dieser Paragraph, dass, wenn die Verwendung der Banknoten in der in § 11 angegebenen Weise gewerbsmässig erfolgt, neben der Geldstrafe auf Gefängnis zu erkennen ist. Auch hier springt die straferhöhende Wirkung der Gewerbsmässigkeit in die Augen.

Den Rückfall und die Jugend rechnen die einen Schriftsteller zu den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen, die anderen dagegen sehen in ihnen sogenannte höchstpersönliche Umstände, d. h. solche Umstände, die nicht das Delikt selbst, sondern nur die Strafbarkeit des Thäters berühren*).

Auch wir sind der Ansicht, dass wenigstens das jugendliche Alter eine höchstpersönliche Eigenschaft ist, wollen uns aber hier mit dieser Feststellung begnügen, da immerhin die gemeine Meinung doch dahin geht, dass beide Umstände Eigenschaften oder Verhältnisse an sich sind, ob persönliche oder höchstpersönliche, interessiert uns erst bei Betrachtung ihrer Wirkung. Wir werden dann auch sehen, dass der Streit ein rein theoretischer ist, da die Ansichten über die Wirkung übereinstimmen.

Der Rückfall wird als straferhöhender Umstand im Strafgesetzbuch erwähnt in §§ 244, 250 Nr. 5, 261,

*) Vgl. v. Liszt S. 214; Borchert S. 34 Anm. 5, S. 37; Schütze S. 147 N. 12; Meyer S. 229; Berner S. 171; Mintz S. 150, 151; Binding: Grundriss I. S. 129; Olshausen § 50 N. 3; Oppenhoff § 50 N. 5; Rüdorff § 50 N. 2; Ortmann in Goltdammers Archiv Bd. XXII. S. 391; Herzog in Strafrechts-Zeitung Bd. XII. S. 221, 222, 225; Entschdg. d. R. Ger. XXV. S. 275.

264, 362 Abs. 2; das jugendliche Alter ist Milderungsgrund in § 57 daselbst.

Die mildernden Umstände schlechthin als persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse aufzufassen, ist unseres Erachtens unzulässig. Die Bezeichnung ist lediglich ein Sammelname für vom Gesetz ganz unbestimmt gelassene Strafmilderungsgründe. Es können im einzelnen Falle wohl persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse gegeben sein, die der Richter bei Zubilligung mildernder Umstände im Auge hatte, aber deshalb kann man im allgemeinen die mildernden Umstände als solche nicht zu diesen zählen*). Dasselbe gilt für die Anreizung zum Verbrechen, die in § 213 St.-G.-B. Berücksichtigung findet.

Sie ist nur ein, wenn auch vom Gesetz besonders hervorgehobener Strafzumessungsgrund, ein Beispiel der mildernden Umstände, wie aus den Worten des § 213: „oder sind ‚andere' mildernde Umstände vorhanden" deutlich hervorgeht.

Ueber ihre und der mildernden Umstände Wirkung wird weiter unten noch die Rede sein.

Zuletzt ist noch der Ueberlegung, des Scheidemerkmals zwischen Mord und Totschlag, zu gedenken, die aber nur selten als persönliche Eigenschaft bezeichnet wird**), und zwar mit Recht; nicht deshalb, weil sie ihrer Natur nach nicht dauernd sein kann***) — die kurze oder längere Dauer ist, wie wir oben hervorgehoben, bei einer persönlichen Eigenschaft belanglos —,

*) Olshausen § 50 N. 2 β; Berner S. 171; Borchert S. 36; Herzog a. a. O. S. 224; dagegen Oppenhoff § 50 N. 5.

**) so z. B. von Ortmann a. a. O. S. 392.

***) wie Olshausen § 50 N. 5 a annimmt.

sondern weil dies ihrem Begriff widerspricht. „Die Ueberlegung ist die Denkthätigkeit, mittels welcher der Thäter die durch den verbrecherischen Gedanken [nach den Gesetzen der Ideenassoziation] hervorgerufenen entgegenwirkenden Vorstellungen wahrnimmt, abwägt und trotzdem nicht berücksichtigt“*).

Sie ist also lediglich ein innerer Vorgang, der sich in unserem Gedankenkreise abspielt. Ein solcher innerer Vorgang kann aber unmöglich eine Eigenschaft genannt werden.

§ 4.

Wenn wir uns nun weiterhin zu den strafentscheidenden Eigenschaften und Verhältnissen wenden, so werden uns — und das mag vorausgeschickt werden — hier vielfach dieselben Thatumstände begegnen, denen das Gesetz auch strafändernde Bedeutung beilegt. Diese Thatsache ist nicht dazu angethan, die Behandlung der Materie einfacher und übersichtlicher zu gestalten.

Die strafentscheidenden Umstände teilen wir in strafbegründende und strafausschliessende im weiteren Sinne. Die ersteren sind solche Umstände, die ein an sich strafloses Thun erst zu einem strafbaren machen. Von den unter diese Gruppe fallenden persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen nennen wir zunächst diejenigen, die bereits früher Erwähnung gefunden haben.

In den Fällen des sogenannten militärischen Landesverrats (§§ 87—90 St. G. B.) hat die Staatsangehörigkeit strafbegründende Bedeutung. Es ist ein strafbares Delikt erst gegeben, wenn der Thäter in dem vom Gesetz geforderten Unterthanenverhältnis steht, wenn er

*) Wachenfeld: Ueberlegung S. 14.

ein Deutscher ist, welchem Bundesstaat er angehört, ist gleichgültig.

Das ist der Regelfall. Eine Ausnahme findet sich in § 91. Es können sich nämlich auch Ausländer dieser Art des Landesverrats schuldig machen, aber nur dann, wenn sie unter dem Schutze des Deutschen Reiches oder eines Bundesstaates sich innerhalb des Bundesgebietes aufhalten. Der Ausländer steht dann eben auch gewissermassen in einem Treuverhältnis zu dem betreffenden Staat, welches ihm dementsprechende Pflichten auferlegt. Für ihn ist dieses Quasi-Treuverhältnis der den Landesverrat begründende Thatumstand.

Bei dem durch die Novelle von 1876 eingeschobenen § 296a hinwiederum ist gerade die Ausländerqualität für die Strafbarkeit der Handlung entscheidend; Thäter kann nur ein Ausländer sein*).

Das Geschlecht, das zweifellos zu den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen gehört, findet als strafändernder Umstand nirgendwo im Strafgesetzbuch Berücksichtigung, dagegen als strafbegründender in drei Fällen. Das Vergehen der Päderastie (§ 175) kann nur ein Mann und die Uebertretung des § 361 No. 6 kann nur eine Frau begehen.

Diesen beiden Fällen hat die Novelle vom 25. Juni 1900 einen dritten hinzugefügt, die Bestrafung des Zuhälters (§ 181a), die auf die männlichen Personen beschränkt ist.

Das Verwandtschafts- und Schwägerschaftsverhältnis ist strafbegründend für das Delikt der Blutschande

---

*) vgl. Frank S. 393; Olshausen § 296a N. 2.

(§ 173 Abs. 1, 2), das Eheverhältnis für die Delikte der Bigamie und des Ehebruchs (§§ 171, 172 St. G. B.).

Das gleiche gilt von beiden Familienbeziehungen auch für das Delikt des § 181 No. 2 St. G. B. Zur Erklärung müssen wir diesen mit dem vorhergehenden § 180 vergleichen. Beide handeln von der Kuppelei; während aber in § 180 die in diesem näher definierte Kuppelei nur dann bestraft wird, wenn sie gewohnheitsmässig oder aus Eigennutz betrieben wird, so dass also die Gewohnheitsmässigkeit und der Eigennutz strafbegründende Umstände sind, werden in § 181 No. 2 diese letzteren Thatbestandsmerkmale fallen gelassen und an deren Stelle das Verhältnis des Ehemannes zur Ehefrau, der Eltern zu ihren Kindern als strafbegründendes Moment gesetzt.

Aus dem Wortlaut des § 181: „Die Kuppelei ist, selbst wenn sie weder gewohnheitsmässig noch aus Eigennutz betrieben wird, ... zu bestrafen, wenn . . . .“ darf man nicht schliessen, dass die Kuppelei als solche strafbar ist, und dass in den Nummern 1 und 2 dieses Paragraphen qualifizierte Fälle der Kuppelei zu erblicken sind. Es entspricht lediglich redaktionellen Grundsätzen, wenn das Gesetz, anstatt den Thatbestand der Kuppelei hier zu wiederholen, nur das Wort Kuppelei gebraucht.

Andererseits hat, wenn der Thatbestand des § 181 gegeben ist, das Hinzutreten der Gewohnheitsmässigkeit, die an sich hier nicht erfordert wird, keine straferhöhende Wirkung, wohl kann ihr gleichzeitiges Vorhandensein für den Richter bestimmend sein, eine entsprechend höhere Strafe einzusetzen*).

*) vgl. Frank S. 234 VII, Olshausen § 181 N. 1; Berner S. 469; Schütze S. 342; Hälschner S. 689, 692 Bd. II.; Entschdg. d. R. Ger. XXII S. 53.

Die Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit verwendet das Strafgesetzbuch ausser in dem oben erwähnten Falle noch in § 361 No. 6 sowie in § 302 e als strafbegründenden Umstand. Wenn letzterer Paragraph auf den vorhergehenden § 302 d zurückverweist, so bezieht sich dies nur auf die gleiche Strafandrohung. Er enthält die Fälle des Sachwuchers, der aber, abweichend von § 302a, nur dann strafbar sein soll, wenn er gewerbs- oder gewohnheitsmässig betrieben wird*).

Von weiteren Reichsgesetzen, in denen die Gewerbsmässigkeit gleiche Wirkung hat, seien genannt: das Patentgesetz vom 25. Mai 1871 § 4, das Gesetz betreffend den Verkehr mit blei- und zinkhaltigen Gegenständen vom 25. Juni 1887 § 4 und das Gesetz betr. die Verwendung gesundheitsschädlicher Farben bei der Herstellung von Nahrungsmitteln u. s. w. vom 5. Juli 1887 § 12.

Des weiteren hat als strafbegründender Umstand Bedeutung das Verhältnis als Zeuge, Geschworener und Schöffe in § 138 St. G. B.

Die bei weitem grösste Anzahl der hier in Betracht kommenden persönlichen Verhältnisse bieten wieder die Standesdelikte. Unter diesem Begriff verstehen wir nicht nur die reinen Beamtenverbrechen des Reichsstrafgesetzbuchs und die reinen Militärdelikte des Reichsmilitärstrafgesetzbuchs, sondern auch eine Reihe von sonst noch zerstreut im ersteren Gesetzbuch und in anderen Reichsgesetzen aufgeführten Reaten, in denen die Zugehörigkeit zu den verschiedensten Berufs- und Lebensstellungen strafbegründende Bedeutung gewinnt, in denen also das Gesetz nur diejenigen als Thäter bestraft, die diesen Berufsklassen angehören.

*) vgl. Olshausen § 302e N. 4; Frank S. 403; Oppenhoff § 302e N. 4; Berner S. 625.

So die Geistlichen und Religionsdiener in §§ 130a, 174 No. 1, 181 No. 2 und 338, die Aerzte und verwandte Berufe in §§ 174 No. 3, 278, 300, die Rechtsanwälte, Notare, Verteidiger in Strafsachen in §§ 300, 356, die dem Offizier- und Sanitätscorps Angehörenden in § 140 No. 2.

Auch das Verhältnis als Wehrpflichtiger ist zu nennen. Wer sich noch nicht im wehrpflichtigen Alter befindet, kann das Delikt des § 140 No. 1 und 3 nicht begehen.

Desgleichen wird ausser den im Abschnitt „Verbrechen und Vergehen im Amte“ aufgezählten Fällen, wie z. B. §§ 331, 332, 336, 344, 345, die Beamtenqualität noch in § 174 No. 2 und 3 berücksichtigt.

Schliesslich finden die Gewerbetreibenden und Handwerker Erwähnung in §§ 266 No. 3, 290, 369 St.-G.-B., sowie in den Delikten der Reichsgewerbeordnung, die Lehrer und Personen in Vertrauensstellungen in §§ 174 No. 1, 181 No. 2 und 266 No. 1, 2, die letzteren Personen auch in den neueren Reichsgesetzen, insbesondere den Reichsversicherungsgesetzen, wie z. B. in § 34 des Gesetzes über die eingeschriebenen Hilfskassen vom 7. April 1876, in § 42 des Krankenversicherungsgesetzes vom 15. Juni 1883 bezw. 10. April 1892, 1. Januar 1893, in § 26 des Unfallversicherungsgesetzes vom 6. Juli 1884, in § 59 des Gesetzes betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung vom 22. Juli 1889, ferner auch in § 140 des Gesetzes betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889, endlich in den §§ 312—315 des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897.

§ 5.

Die zweite Kategorie der strafentscheidenden Umstände bilden die strafausschliessenden Thatumstände im weiteren Sinne; diese trennen wir wieder in die schuldausschliessenden und in die strafausschliessenden im engeren Sinne. Die ersteren sind solche Umstände, bei deren Vorhandensein die That dem Gesetzgeber als eine nicht rechtswidrige erscheint, so dass ein Strafanspruch überhaupt nicht zur Entstehung gekommen ist, bei den letzteren sieht er wegen der Persönlichkeit des Handelnden diesem gegenüber, aber auch nur ihm gegenüber, von der Bestrafung ab, im übrigen bleibt die That als solche strafbar.

Wie das jugendliche Alter im Falle des § 57 St.-G.-B. zu den Eigenschaften oder Verhältnissen zu rechnen ist, die strafmindernde Bedeutung haben, so wirkt derselbe Thatumstand auch schuld- und strafausschliessend.

Wer bei Begehung einer Handlung das zwölfte Lebensjahr nicht vollendet hat, kann, so heisst es im § 55 St.-G.-B., wegen derselben nicht strafrechtlich verfolgt werden, mit anderen Worten, wer unter zwölf Jahren steht, gilt als strafrechtlich unzurechnungsfähig, er kann keine strafbare Handlung begehen; es kommt gar nicht darauf an, ob er thatsächlich unzurechnungsfähig ist, es kann ja sehr wohl sein, dass der noch nicht Zwölfjährige sich völlig der Strafbarkeit seines Thuns bewusst ist, dass er also mit demselben dolus handelt, wie ein Erwachsener.

Der Gesetzgeber berücksichtigt diese Ausnahmefälle aber nicht, für ihn ist das Kind unzurechnungsfähig. Ob dieser Standpunkt zu billigen, ist eine andere Frage,

de lege lata werden wir aber den § 55 so auffassen müssen *).

In § 56 ist das jugendliche Alter dagegen lediglich Strafausschliessungsgrund im engeren Sinne, d. h. nur dann, wenn die sogen. Jugendlichen, nämlich die Personen, die wohl das zwölfte aber noch nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet haben, gleichzeitig bei Begehung der That die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht nicht besessen haben; sind sie sich der Strafbarkeit der Handlung bewusst gewesen, so ist, wie wir wissen, ihr Alter nur ein Strafmilderungsgrund.

Dass das Lebensalter in § 56 kein schuld- sondern nur ein strafausschliessender Umstand ist, geht unseres Erachtens klar aus dem Wortlaut des Gesetzes hervor. Es heisst dort ausdrücklich, wenn der Jugendliche eine „strafbare" Handlung begangen hat, ist er „freizusprechen" bei Fehlen der Einsicht. Die Worte „strafbar" und „freisprechen" lassen erkennen, dass der Gesetzgeber die Handlung des Jugendlichen als eine an sich strafbare ansieht; er würde sonst wie in den vorhergehenden Paragraphen die Wendung „eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden" gebraucht haben **).

Diese letztere Satzwendung: „eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden" führt uns zugleich auf weitere persönliche Umstände, denen schuldausschliessende Bedeutung beizulegen ist.

---

*) Ebenso: Frank S. 91; v. Liszt § 38; Hälschner I S. 223; Birkmeyer S. 158; Merkel S. 56; Kohler: Studium I S. 114; Otto § 55 N. 1; a. M. Schütze S. 95; Borchert S. 24; Oppenhoff S. 139 N. 3; Rubo § 55 N. 3; Entschdg. d. R.-Ger. VI S. 186, 336, XIX S. 192.

**) Bezüglich der Taubstummheit (§ 58 St.-G.-B.), die wir ohne Bedenken zu den persönlichen Eigenschaften zu zählen haben, gilt das zu § 56 Gesagte.

Es sind die Bewusstlosigkeit und die Geisteskrankheit (§ 51 St.-G.-B.). Dass diese Thatumstände auch persönliche Eigenschaften sind, wird auf den ersten Blick nicht so einleuchten. Auf jeden Fall müssen wir sagen, dass die unheilbare Geisteskrankheit schon wegen ihrer Dauer zur persönlichen Eigenschaft geworden ist. Wir haben bereits früher erwähnt, dass eine lange oder gar unbegrenzte Dauer nicht zum Begriff der persönlichen Eigenschaft notwendig ist. Aus diesem Grunde werden wir auch eine vorübergehende Geistesstörung, ja sogar eine kurze Zeit währende Bewusstlosigkeit als persönliche Eigenschaft auffassen können, die zwar alsbald wieder verloren gegangen ist, immerhin aber eine gewisse Zeit hindurch bestanden hat.

Wer in einem solchen — kurz gesagt — Zustande sich befindet, ist unzurechnungsfähig, er kann also nicht schuldhaft handeln, die von ihm in diesem Zustande verübte That ist keine strafbare Handlung.*)

Weitere schuldausschliessende Eigenschaften und Verhältnisse, die hier anzuführen wären, kennt das Reichsstrafgesetzbuch selbst nicht, wohl aber ergeben sich diese, wenn wir an den Begriff der Rechtswidrigkeit denken, wie er im allgemein strafrechtlichen Sinne zu verstehen ist und wie er allen Strafgesetzen zu Grunde liegt. Es begeht kein Mensch eine strafbare Handlung, es handelt niemand rechtswidrig, der zur Begehung der Handlung berechtigt ist, sei es auf Grund geschriebenen Rechtssatzes, sei es gestützt auf gewohnheitsrechtliche Bestimmungen. Mannigfacher Art können die Verhältnisse sein, die den Ausschluss der Rechtswidrigkeit rechtfertigen.

Denken wir nur an den Soldat, der in der Feld-

*) Frank S. 81; v. Liszt § 38; Oppenhoff S. 139 N. 2 u. A.

schlacht den Feind tötet oder dem seine Wachinstruktion vorschreibt, auf den seinem dreimaligen Anruf nicht folgeleistenden zu schiessen.

Denken wir nur an den Arzt, der in Ausübung seines Berufes eine lebensgefährliche Operation vornimmt, an den Beamten, der kraft seines Amtsrechts Durchsuchungen, Verhaftungen verfügt oder ausführt und rechtskräftig erkannte Strafen vollstreckt, den Vater, der sein Kind, den Lehrherrn, der den Lehrling züchtigt*).

Man kann alle diese Verhältnisse auf die Begriffe Amtsrecht und -pflicht, Berufsrecht, Erziehungs- und Zuchtgewalt zurückführen; sie bilden für den, der im Rahmen seiner Befugnisse Handlungen, die ausserhalb dieser Befugnisse Delikte sein würden, vornimmt, nicht nur einen Strafausschliessungsgrund im engeren Sinne, sondern einen Schuldausschliessungsgrund; es liegt eine strafbare Handlung in diesen Fällen überhaupt nicht vor**).

Von den strafausschliessenden Umständen im engeren Sinne haben wir bereits den dem § 56 zu Grunde liegenden genannt. Ausser in diesem ist das Lebensalter noch in § 173 Abs. 4. St. G. B. bedeutsam, aber nur in Verbindung mit dem Verwandtschaftsverhältnis, oder, genauer gesagt, das jugendliche Alter bildet bei der

*) Vgl. bezüglich des Züchtigungsrechts B. G. B. §§ 1631, 1665, 1685, 1707, 1800; Reichsgewerbeordnung § 127 a; Seemannsordnung § 79. Das Züchtigungsrecht der Dienstherrschaft gegenüber dem Gesinde ist gemäss Einf. Ges. zum B. G. B. Art. 95 aufgehoben. Vgl. ferner z. B. Disziplinarstrafordnung f. d. Deutsche Heer vom 31. 10. 1872, f. d. Deutsche Marine vom 23. 11. 1872; Reichsbeamtengesetz vom 31. 3. 1873; Börsengesetz vom 22. 6. 1896 §§ 8, 15; Rechtsanwaltsordnung vom 1. 7. 1878 § 62 ff.

**) Vgl. v. Liszt § 35; Meyer S. 268 ff.; Wachenfeld in kritische Vierteljahrsschrift Bd. 34 S. 452 ff.; Frank (S. 79) nennt diese Gründe objektive Strafausschliessungsgründe.

Blutschande für die Verwandten und Verschwägerten absteigender Linie einen Strafausschliessungsgrund, der an dem Charakter des Delikts nichts ändert.

Das Gleiche gilt für das Verwandtschafts- und Eheverhältnis in §§ 247 Abs. 2, 289 Abs. 5, 370 Nr. 5, sowie für die Zugehörigkeit zu den Angehörigen im Sinne des St. G. B. in § 257 Abs. 2.

Ferner gehen für ihre Person straffrei aus gewisse an einem Zweikampf Beteiligte, wie Kartellträger, die die Verhinderung des Duells ernstlich versucht haben, sowie Zeugen, Aerzte und Wundärzte (§ 209 St. G. B.)

Von weiteren Strafausschliessungsgründen im engeren Sinne sind noch die Monarchen- und Abgeordnetenqualität zu nennen.

Mit dem Satz: „princeps legibus solutus“ bringt man das staatsrechtliche Princip der Unverantwortlichkeit des Herrschers zum Ausdruck, die Thatsache, dass der Monarch keiner Gerichtsgewalt untersteht. Dies schliesst natürlich nicht aus, dass er strafbare Handlungen begehen kann. Wenn der Landesherr selbst wegen dieser seiner Delikte nicht zur Rechenschaft gezogen werden kann, eben weil kein Richter über ihm ist, so bleiben diese deshalb doch Delikte, lediglich sein Verhältnis als Monarch sichert ihm Straflosigkeit*).

Die gleiche Bedeutung hat das Verhältnis als Abgeordneter.

Sowohl § 11 R. St. G. B. wie Artikel 30 der Reichsverfassung gewährleisten den Mitgliedern desReichstags bezw. eines bundesstaatlichen Landtages Straffreiheit

*) Frank S. 21. V., 2; Birkmeyer S. 157; Olshausen § 3 N. 19b; Meyer S. 130; Schütze S. 56; Oppenhoff S. 36 N. 14a.

für ihre Abstimmungen und für in Ausübung ihres Berufes gethane Aeusserungen, ohne diesen Aeusserungen u. s. w. die etwaige strafrechtliche Natur zu nehmen*).

Schliesslich sind noch die in einem in den §§ 18—21 des Gerichtsverfassungsgesetzes näher bezeichneten Verhältnis stehenden Personen, die sogen. Exterritorialen, zu erwähnen. Sie sind der inländischen Gerichtsbarkeit nicht unterworfen und gehen also bei Begehung von Delikten selbst straffrei aus; bezüglich letzterer gilt aber das von den Delikten des Monarchen Gesagte**).

§ 6.

Das Reichsstrafgesetzbuch hat sich nach unserer Auffassung bezüglich der Teilnahmelehre der objektiven Theorie angeschlossen. Eine nähere Begründung hierfür zu geben, liegt ausserhalb des Rahmens unserer Arbeit, andererseits ist es aber auch unerlässlich, wegen seiner Bedeutung für die Wirkung der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, auf einen Grund für den objektiven Standpunkt des geltenden Rechts, wenn auch nur mit wenigen Sätzen, näher einzugehen, nämlich auf die unselbständige Natur, die das Reichsstrafgesetzbuch den Teilnahmehandlungen beilegt.

Dass die Anstiftung und Beihülfe accessorischer Natur sind, ist unbestritten***). Das Gesetz spricht es zu klar und deutlich aus, als dass noch ein Zweifel bestehen könnte.

Im ersten Absatz des § 48 heisst es, dass als Anstifter bestraft wird, wer einen anderen zu der von diesem

*) Frank S. 28V; Olshausen § 11 N. 1, 6.

**) Oppenhoff S. 36 N. 14b; Olshausen § 3 N. 21.

***) Vgl. z. B. v. Liszt S. 206, 208; Frank S. 69, 73; Birkmeyer S. 149; Binding: Grundriss I. S. 128.

begangenen strafbaren Handlung vorsätzlich bestimmt hat; also nur dann wird der Anstifter bestraft, wenn auf seiten des Angestifteten eine strafbare Handlung „vorliegt", sei es nun in der Vollendung oder aber im Versuchsstadium, vorausgesetzt im letzteren Falle, dass es sich um ein Verbrechen oder um den Versuch eines Vergehens handelt, der im Gesetzbuch mit Strafe bedroht ist.

Ebenso ist in § 49 die Hülfeleistung nur dann für strafbar erklärt, wenn der Unterstützte das Verbrechen oder Vergehen wirklich begangen hat.

Ein weiteres Argument für die accessorische Natur dieser Teilnahmearten enthalten die zweiten Absätze der genannten Paragraphen. In beiden wird die Festsetzung des Strafmasses (Strafart und Strafrahmen) für den Anstifter und Gehülfen von dem Gesetz abhängig gemacht, das der Thäter übertreten hat.

Voraussetzung der strafbaren Anstiftung und Beihülfe ist also die Thäterschaft. Erst dadurch, dass diese Teilnahmehandlungen in Beziehung zu einer selbständig strafbaren Handlung treten, werden sie selbst zu strafbaren Handlungen.

Ihre accessorische Natur ist schon in ihrem Begriff enthalten, wenigstens nach der Auffassung des Gesetzgebers.

Anders verhält es sich dagegen mit der Mitthäterschaft. Sie ist keine Form der unselbständigen Teilnahme, der Mitthäter will vielmehr, im Gegensatz zum Anstifter und Gehülfen, den von ihm erstrebten Erfolg selbst, wenn auch im Verein mit anderen, herbeiführen. Wenn das Gesetz im § 47 sagt: „Wenn mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen, so wird jeder als Thäter bestraft", so bedeutet das nicht, dass der Mitthäter ebenso wie ein Thäter behandelt werden soll, wenn

er auch im übrigen Teilnehmer bleibt, sondern dass er „Thäter“ ist*).

Daraus, dass die Mitthäterschaft in dem Abschnitt „Teilnahme“ behandelt wird, ist kein Grund für ihre accessorische Natur zu entnehmen, denn das Gesetzbuch versteht unter dem Ausdruck „Teilnahme“ nicht nur accessorische Teilnahme. Im übrigen ist, wie Kohler**) mit Recht hervorhebt, die Stellung in der Nomenclatur des Gesetzbuchs um so weniger von Bedeutung, als die Gesetzgebung die Nomenclatur nicht mit wissenschaftlicher Genauigkeit behandelt, und letzteres wohl mit Absicht. Das Gesetz bezweckt nur, die einzelnen Bestimmungen unter verständliche Gesamtgruppen zu bringen, die richtige Systematik ist Sache der Wissenschaft***).

Dieses Princip der unselbständigen Natur der Anstiftung und Beihülfe wird durch die Bestimmung des § 50 St. G B. durchbrochen. Streng genommen und folgerichtig müssten nämlich Anstifter und Gehülfen nach der That, wie sie sich in Ansehung der persönlichen Verhältnisse des Thäters gestaltet, beurteilt und dieser entsprechend bestraft werden. Der accessorische Charakter der Teilnahme erheischte mit Notwendigkeit, dass in der Person der Teilnehmer vorliegende persönliche Umstände völlig ausser acht bleiben müssten. Den Grund, weshalb der Gesetzgeber diese Folgerung nicht in vollem Umfange hat ziehen wollen, und damit den Grund für die Aufnahme des § 50 finden wir in den Worten der Motive†):

*) ebenso z. B. z. Liszt S. 203, 204; Borchert S. 51.
**) Studien I, S. 106.
***) Gegen unsere Auffassung Birkmeyer S. 148.
†) Motive zum II. Entwurf § 48; oben S. 14.

„Das Gesetz hat den allgemeinen Satz zur Geltung bringen wollen, dass ein jeder nach dem Grade seiner Verschuldung, wie sie sich nach seiner Thätigkeit und seinen Verhältnissen gestaltet, bestraft werden soll."

§ 50 ist also eine auf dem Princip der Billigkeit beruhende Ausnahme von den in dem Abschnitt „Teilnahme" über die Bestrafung der Teilnehmer gegebenen Regeln, aber nur eine Ausnahme der §§ 48 und 49, da wir nur den Anstifter und Gehülfen als accessorische Teilnehmer ansehen können. Dass die Bestrafung des Mitthäters lediglich nach seinen eigenen persönlichen Verhältnissen zu erfolgen hat, und dass das Vorliegen derartiger Umstände in der Person des anderen Mitthäters für ihn gar nicht in Betracht kommt, ist nach unserer Auffassung ganz selbstverständlich, eben weil der Mitthäter kein unselbständiger Thäter ist*). Die Hinzufügung des Wortes „Mitthäter" in dem Text des § 50 ist somit überflüssig gewesen**) ***).

---

*) Im folgenden werden wir daher, wenn nichts weiter bemerkt ist, unter Teilnehmer nur den Anstifter und Gehülfen verstehen.

**) ebenso v. Liszt S. 214 N. 2.

***) In dem Abschnitt „Teilnahme" des St. G. B. ist noch ein Paragraph, dessen Stellung anerkanntermassen eine verunglückte ist, aufgenommen, nämlich § 49a. Er enthält keine Teilnahmeart, sondern den Thatbestand eines selbständigen Vergehens; die Voraussetzung seiner Anwendung ist gerade, dass das Verbrechen, zu dem die Aufforderung u. s. w. ergangen ist, nicht begangen wurde. Dass die Bestimmung des § 50 mit diesem Paragraphen nicht in Beziehung gebracht werden kann, liegt somit auf der Hand, da ersterer ja nur Personen erwähnt, die zum Thäter im Verhältnis als Teilnehmer stehen. Vgl. Olshausen § 50 N. 6; § 49a N. 2,9; Berner S. 172; Merkel S. 151 ff; Meyer S. 244; Borchert S. 6.

Das Princip der accessorischen Natur wird nur bei denjenigen persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen verlassen, die die Strafbarkeit einer Handlung erhöhen oder vermindern.

Zum ersten kommen also nur die von uns als „strafändernde“ bezeichneten persönlichen Thatumstände in Frage und zum zweiten von diesen strafändernden Eigenschaften und Verhältnissen nur diejenigen, welche die „Strafbarkeit der Handlung“ modifizieren.

Der erste Punkt bedarf keiner weiteren Darlegung, er geht aus den Worten des Gesetzes klar hervor; auf den zweiten hingegen müssen wir etwas genauer eingehen.

Aus den bereits oben*) im Wortlaut mitgeteilten Motiven zu § 50 entnehmen wir folgenden Satz: „Die strafbare Handlung, an welcher mehrere Personen teilgenommen, kann gegenüber den einzelnen Teilnehmern in Bezug auf ihren rechtlichen Charakter und die durch ihn bedingte Schwere derselben eine verschiedenartige sein, je nach den verschiedenen Eigenschaften oder Verhältnissen, in denen der Thäter sich befindet“.

Dieser Satz, sowie der im Gesetz stehende Ausdruck: „Strafbarkeit“ einer „Handlung“ rechtfertigen den Schluss, dass nur solche persönlichen Umstände des Thäters oder der Teilnehmer gemeint sind, die die Handlung selbst, bezw. deren Charakter, sei es erhöhend oder vermindernd, beeinflussen, dagegen nicht solche, die für den strafrechtlichen Charakter der Handlung gänzlich bedeutungslos sind, diesem weder etwas nehmen, noch etwas hinzuthun, vielmehr rein individueller Natur sind und nur die Strafbarkeit des „Handelnden“ — auf

*) Seite 14.

letzteres Wort ist im Gegensatz zum Gesetzestext der Ton zu legen — erhöhen oder vermindern.

Diese höchstpersönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, wie wir sie genannt haben,*) fallen demgemäss nicht unter die Bestimmung des § 50. Damit ist aber nicht gesagt, dass sie nicht die gleiche Wirkung haben. Dass diese Umstände nur dem Beteiligten zuzurechnen sind, bei dem sie vorliegen, ist gerade mit Rücksicht auf ihre rein individuelle Natur selbstverständlich; das Gesetz würde also etwas ganz überflüssiges bestimmt haben, eben weil uns die Vernunft allein dieses Resultat finden lässt.

Der legislatorische Gedanke des § 50 ist — das ergeben die Motive mit Sicherheit — auf die Einführung einer Billigkeitsregel gerichtet, der aequitas bedürfen wir aber selbstredend da nicht, wo uns bereits die ratio zum Ziele führt.

Diese Deduktion widerlegt zugleich die Ansicht, dass, da § 50 eine Ausnahmevorschrift sei, auf alle Thatumstände, die nicht unter diese Ausnahmevorschrift fallen, die Regeln der §§ 47—49 St. G. B. in Anwendung zu bringen seien, also die accessorische Natur der Teilnahme auf derartige Umstände voll zur Geltung kommen müsse.

Wir geben zu, dass man eine Ausnahmevorschrift strikte interpretieren soll, aber bei dieser Auslegung darf man nicht auf die Bezeichnung „Ausnahmevorschrift" allein das Gewicht legen, sondern man muss auch das gesetzgeberische Princip des Paragraphen berücksichtigen, und dieses Princip der aequitas verliert, wie gezeigt, bezüglich der höchstpersönlichen Eigenschaften und Verhältnisse seine Bedeutung.

*) Oben Seite 22.

Als einen solchen strafändernden höchstpersönlichen Umstand haben wir nur das jugendliche Alter anzusehen. Ein Beispiel wird uns dies klar machen.

Verleitet jemand einen Zwölf-, aber noch nicht Achtzehnjährigen, der aber die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht besitzt, zu einer Unterschlagung, so ändert das jugendliche Alter des Thäters an dem Charakter des Delikts nichts, die Unterschlagung bleibt Unterschlagung, mag sie von einem Erwachsenen oder von einem Jugendlichen begangen werden. Dennoch wird die strafmildernde Bestimmung des § 57 St. G. B. nur bei dem Thäter zur Anwendung kommen dürfen, während der Anstifter lediglich nach § 246 St. G. B. zu bestrafen ist.

Der Rückfall hingegen ist ein persönliches Verhältnis im Sinne des § 50. Er bildet unter den im besonderen Teil des Strafgesetzbuchs näher angegebenen Voraussetzungen ein charakteristisches Merkmal bestimmter Delikte. Durch Hinzutritt dieses Merkmals erhält das Delikt einen besonderen Thatbestand. Ist jemand bereits zweimal wegen Diebstahls bestraft und begeht dann abermals einen Diebstahl, so ist der Thatbestand des letzten Delikts nicht mehr der des Diebstahls, sondern der des rückfälligen Diebstahls nach § 244 St. G. B.

Der Gehülfe bei einem für den Thäter rückfälligen Diebstahl wird nur auf Grund der §§ 242, 49 St. G. B. zur Verantwortung gezogen.*)

Wir haben es abgelehnt**), die mildernden Umstände und den Reiz, ein Beispiel derselben, zu den

*) Vergl. die Litteratur Seite 22, Note.

**) Oben Seite 23.

persönlichen Eigenschaften u. s. w. zu rechnen. Dennoch ist das Vorliegen dieser für Thäter und Teilnehmer selbständig zu beantworten und zwar deshalb, weil sie gar nicht zum Deliktsthatbestand gehören, keine Thatbestandsmerkmale, sondern reine Strafzumessungsgründe sind. Die Strafbarkeit der Handlung als solcher berühren sie nicht. Der Richter ist nur in die Lage versetzt, derartige Milderungsgründe, die er selbst in dem der That „nachfolgenden" Verhalten des Thäters oder Teilnehmers finden kann, zu berücksichtigen, indem er den ihm für den betreffenden Fall vom Gesetz gebotenen ausserordentlichen Strafrahmen benutzt*).

Nur den strafändernden Eigenschaften und Verhältnissen legt das Gesetz, wie wir bereits hervorgehoben haben, eine bestimmte Wirkung bei. Zwei Fragen ergeben sich hier und müssen aus der etwas kurz gefassten Bestimmung des § 50 beantwortet werden, einmal, welche Wirkung es auf die Strafbarkeit des Teilnehmers hat, wenn der strafändernde Umstand nur in der Person des Thäters vorliegt, und zweitens, welchen Einfluss es auf die Strafbarkeit der Beteiligten überhaupt hat, wenn dieser Umstand beim Teilnehmer, dagegen nicht beim Thäter, gegeben ist**).

Um diese Fragen zu lösen, müssen wir den, wie gesagt, sehr brachylogisch konstruierten Satz des § 50: „so sind diese besonderen Thatumstände dem Thäter oder demjenigen Teilnehmer zuzurechnen, bei welchem

---

*) Vergl. die Litteratur oben Seite 23, Note *).

**) Vergl. Frank Seite 77.

sie vorliegen" grammatisch in vier einzelne Sätze, zwei positive und zwei negative, zerlegen.

Diese würden lauten:

1. Die besonderen Thatumstände sind zuzurechnen dem Thäter, wenn sie bei ihm vorliegen;
2. sie sind zuzurechnen dem Teilnehmer, wenn sie bei ihm vorliegen;
3. sie sind dem Thäter nicht zuzurechnen, wenn sie nicht bei ihm vorliegen;
4. sie sind dem Teilnehmer nicht zuzurechnen, wenn sie nicht bei ihm vorliegen.

Ziehen wir diese vier Sätze in zwei zusammen derart, dass wir den entsprechenden vom Thäter handelnden positiven Satz mit dem entsprechenden vom Teilnehmer handelnden negativen Satz und umgekehrt verbinden, so erhalten wir folgende beiden Vorschriften, die zugleich die Beantwortung unserer beiden Fragen darstellen:

1. Liegen die besonderen Umstände in der Person des Thäters vor, aber nicht in der Person des Teilnehmers, so sind sie nur dem Thäter, nicht dem Teilnehmer zuzurechnen;
2. Liegen sie nicht in der Person des Thäters vor, wohl aber in der Person des Teilnehmers, so sind sie nur dem Teilnehmer, nicht aber dem Thäter zuzurechnen.

Der Thäter ist demnach stets und ausschliesslich nach dem Delikt, das er begangen, zu beurteilen, der Teilnehmer hingegen als Teilnehmer an derjenigen strafbaren Handlung, die gegeben sein würde, wenn nicht der Thäter, sondern wenn er — der Teilnehmer — sie als „Thäter" verübt hätte. Oder mit anderen Worten:

Die persönlichen strafändernden Eigenschaften u. s. w. des Thäters bleiben, wenn sie nur bei ihm gegeben sind, auf die Strafe der Teilnehmer einflusslos, liegen sie beim Teilnehmer vor, fehlen aber beim Thäter, so hat die Bestrafung der Teilnehmer nach dem Gesetz zu erfolgen, nach dem der Thäter zu beurteilen gewesen wäre, wenn diese Umstände in des letzteren Person gegeben gewesen wären.

Diese im Wege der grammatikalischen Interpretation gefundenen Entscheidungen mögen an einigen Beispielen, die den oben aufgezählten strafändernden Eigenschaften und Verhältnissen entnommen sind, praktisch erläutert werden.

Die Majestätsbeleidigung (§ 95 St. G. B) enthält den Thatbestand der einfachen Beleidigung (§ 185 St. G. B.), nur ihr Objekt, d. h. die Person, gegen die sie sich richtet, ist von dem der letzteren verschieden und zwar quantitativ.*)

Eine Majestätsbeleidigung gegenüber dem eigenen Landesherrn kann nur von einem Unterthan dieses Landesherrn begangen werden. Ist dieser von einem Nichtunterthan angestiftet worden, hat z. B. ein Bayer einen Württemberger dazu bestimmt, seinen Landesherrn, den König von Württemberg, zu beleidigen, so wird der Württemberger den Vorschriften des § 95 entsprechend mit Gefängnis oder Festungshaft von zwei bis zu fünf Jahren bestraft, während sich die Bestrafung des bayerischen Staatsangehörigen nach § 99 — Beleidigung eines Bundesfürsten — regelt, der als Mindestmass einen Monat, und als Höchstmass drei Jahre kennt.

*) Frank Seite 146.

Aber auch umgekehrt, wenn der Württemberger Anstifter und der Bayer Thäter einer Beleidigung gegenüber dem König von Württemberg ist, wird der Württemberger wegen Anstiftung zu einer Majestätsbeleidigung (§ 95 in Verbindung mit § 48 St. G. B.), der Bayer dagegen nur wegen Beleidigung eines Bundesfürsten im Sinne des § 99 in Strafe genommen werden. Der Württemberger kann in beiden Fällen gemäss § 95 Abs. 2 eines von ihm etwa bekleideten öffentlichen Amtes für verlustig erklärt werden, während dies bei dem bayerischen Staatsangehörigen unmöglich sein würde; ausserdem tritt die Verfolgung des letzteren nur mit Ermächtigung des Beleidigten ein (§ 99 Abs. 2).

§ 157 St. G. B. enthält Strafmilderungsgründe für denjenigen, der sich eines Meineids schuldig gemacht hat. Greifen wir einen Fall heraus, No. 1. des Paragraphen.

Der Meineidige wird milder bestraft, wenn die Angabe der Wahrheit gegen ihn selbst eine Verfolgung wegen eines Verbrechens oder Vergehens nach sich ziehen konnte.

A hat in einem Strafprozess als Zeuge beschworen, dass er den B nicht mit einem Messer verletzt habe; C hat ihn zu dieser eidlichen Aussage bestimmt. Später stellt sich heraus, dass A thatsächlich der Thäter war. Die Strafe des Meineides wird ihm gegenüber nach § 157 No. 1 ermässigt, dem Anstifter C kommt dieser Milderungsgrund nicht zu gute, er ist nach §§ 154, 48 St. G. B. zu strafen.

Wohl aber wäre dieser Milderungsgrund bei C zu berücksichtigen, und nicht bei A, wenn C den A veranlasst hätte, eidlich auszusagen, er — der Anstifter

C — habe die Körperverletzung nicht begangen, in Wahrheit aber nicht A sondern C der Thäter gewesen ist.

Man hat dieser letzteren Entscheidung gegenüber eingewendet, die Bestimmung des § 157 sei nur auf den Thäter anzuwenden, eine analoge Ausdehnung der Vorschrift auf die Teilnehmer sei zu verneinen, weil sie keineswegs in einer ähnlichen, den Grund für die Strafermässigung bildenden Zwangslage, wie der Thäter, sich befänden.

Richtig ist, dass die Teilnehmer sich nicht in der gleichen Zwangslage befinden, wie der meineidige Zeuge oder Sachverständige. Dass aber die Vorschrift nicht auch auf die Teilnehmer anzuwenden sei, ist nach unserer Auffassung de lege lata unrichtig.

Im besonderen Teil des St. G. B. sind die Strafandrohungen allerdings fast ausnahmslos auf die Thäterhandlung abgestellt, die Anordnung des allgemeinen Teils lassen uns aber erkennen, inwieweit erstere auch auf die Teilnehmer Anwendung finden sollen; zu diesen Anordnungen gehört eben § 50, den wir also auch hier nicht ausser acht lassen dürfen.*)

Noch ein Beispiel, und zwar aus der Gruppe der Standesdelikte, wollen wir anführen.

Durch Geschenke und Versprechungen eines Civilisten veranlasst, hat eine Militärperson während eines

*) Ebenso Frank § 157 I. 1; dasselbe in der Zeitschrift für die ges. Strafrechts-Wissenschaft Bd. XIV. S. 381; Binding: Handbuch I S. 221, 222; Hälschner II S. 925; A. M. Olshausen § 157 N. 5; Rüdorf § 157 N. 7; Oppenhoff § 157 N. 3; Entsch. d. R. Ger. XXII. S. 106.

Krieges des Deutschen Reichs Pläne einer Festung dem Feinde zukommen lassen. Dem Fall liegt § 58 No. 1 des Militärstrafgesetzbuchs zu grunde. Dieser bestimmt, dass wegen Kriegsverrats, d. h. eines im Felde begangenen Landesverrats (§ 57 M. St. G. B. in Verbindung mit §§ 87—93 R. St. G. B.) mit dem Tode bestraft wird, wer mit dem Vorsatze, einer feindlichen Macht Vorschub zu leisten u. s. w., eine der im § 90 des Deutschen Strafgesetzbuchs bezeichneten strafbaren Handlungen begeht.

Herausgegriffen haben wir von diesen letzteren No. 4 des § 90: Mitteilung von Plänen von Festungen an den Feind.

§ 58 No. 1 M. St. G. B. enthält eine Verschärfung der Strafbestimmung des § 90 No. 4 R. St. G. B. mit Rücksicht auf das persönliche Verhältnis des Thäters, seine Zugehörigkeit zum Soldatenstande. Diese Straferhöhung bleibt für den anstiftenden Civilisten ausser Betracht; während der Thäter eventuell, wenn nämlich nicht Absatz 2 des § 58 M. St. G. B. zutrifft, mit dem Tode bestraft wird, wird der Anstifter auf Lebenszeit zu Zuchthaus verurteilt, oder in minder schweren Fällen oder bei Annahme mildernder Umstände zu Zuchthaus nicht unter 10, oder zu Festungshaft nicht unter 5 Jahren.

Ist der Anstifter Soldat, der Thäter nicht, so hat des ersteren Bestrafung nach dem Militärstrafgesetzbuch (§§ 58 No. 1,57), des letzteren nach dem Reichsstrafgesetzbuch (§ 90 No. 4) zu erfolgen.

Das gleiche Ergebnis betreffs der Wirkung der in der Person des Teilnehmers, nicht aber des Thäters vorliegenden strafändernden Umstände, zu dem uns die

grammatikalische Interpretation des § 50 geführt hat, erlangt Binding*) auf dem Wege der Analogie.

Er beantwortet die von uns**) aufgeworfenen Fragen an Hand folgenden Falles: Der Thäter begeht an seinem eigenen Vater einen Totschlag auf Anstiften eines Dritten. Binding entscheidet wie wir, dass der Thäter nach § 215, der Anstifter aber nach § 212 St. G. B. zu bestrafen ist.

Bezüglich der zweiten Frage fährt er fort:

„Wenn nun aber der Anstifter Sohn des Erschlagenen, der Thäter ein Fremder ist? Wäre der Anstifter nach Auffassung des Gesetzes intellektueller Urheber, so erschiene es trotz des Satzes, dass seine Strafe nach dem auf den Thäter anwendbaren Gesetze bestimmt werden solle, als durchaus zulässig, den Strafschärfungsgrund des § 215 für den Thäter analog auszudehnen auf den Anstifter, und diesen aus § 215, jenen aus § 212 zu bestrafen. So aber ist der Anstifter nicht Thäter, sondern die strafbare Handlung, die er begeht, ist nur ein Accessorium der Handlung des Thäters. Hielte man diesen Satz fest, so käme man zu dem Resultat: die für den Thäter festgesetzten persönlichen Straferhöhungs- und Strafminderungsgründe sind analog auf die vom Thäter wesentlich verschiedenen Anstifter und Gehülfen ‚nicht' auszudehnen; der § 50 fände also auf die Anstiftung des Sohnes, den Vater totzuschlagen, nur dann Anwendung, wenn das Gesetz die Strafbarkeit der ‚Anstiftung' (nicht der Thäterschaft) um der Sohneseigenschaft des Anstifters willen irgendwo erhöht hätte. Dies hat das Gesetz nicht gethan, und deshalb wäre

*) Grundriss I. S. 130.

**) Oben Seite 41.

der Sohn, der einen Dritten zum Totschlag am Vater anstiftet, nur mit der Strafe des gewöhnlichen Totschlags, und ebenso eine uneheliche Mutter, die ihre Freundin anstiftet, das neugeborene Kind zu töten, nicht mit der Strafe des Kindesmordes, sondern des gewöhnlichen Mordes zu belegen. Dieses Ergebnis stände mit dem oben festgestellten Satze, dass derjenige, der wissentlich einen Sohn zum Totschlag des Vaters anstiftet, nicht mit der Strafe des Totschlags an Ascendenten, sondern des gewöhnlichen Totschlags zu belegen sei, ebenso wie mit den Anforderungen materieller Gerechtigkeit im schreiendsten Widerspruche. So bleibt nur übrig, aus dem § 50 den ungesetzten Rechtssatz zu abstrahieren: wo das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach besonderen persönlichen Eigenschaften des Thäters erhöht oder vermindert, soll eine entsprechende Straferhöhung oder Strafminderung bei dem Anstifter und Gehülfen eintreten, wenn in deren Person die gleichen Eigenschaften vorliegen, und zwar auch dann, wenn diese Eigenschaften beim Thäter fehlen. So ist also im Falle, der als Beispiel diente, der zum Totschlag anstiftende Sohn aus § 215 und nicht aus § 212, die zur Tötung des neugeborenen Kindes anstiftende Mutter aus § 217 und nicht aus § 212 zu bestrafen.“

Diese mit den unsrigen übereinstimmenden Resultate haben wir, ohne den immerhin zweifelhaften Weg des Analogieschlusses zu betreten, durch einfache sprachliche Zerlegung der kurzgefassten gesetzlichen Bestimmung des § 50 gefunden.

Eine ungekünstelte, nach den Regeln der Gram-

matik gegebene Interpretation ist unseres Erachtens der durch Analogie gewonnenen Deutung stets, besonders aber im Strafrecht, dem Grundsatz: nulla poena sine lege entsprechend, vorzuziehen.*)

§ 7.

Die Ausnahmebestimmung des § 50 und daher die Aufgabe des Princips der accessorischen Natur der Teilnahme gilt nur für die strafändernden Umstände, da nur von diesen im Gesetz die Rede ist. Daraus folgt, und zwar vor allem wegen der Ausnahmenatur des Paragraphen, dass das Strafgesetzbuch bezüglich der strafentscheidenden Eigenschaften und Verhältnisse an dem unselbständigen Charakter der Teilnahme festhält. Dieser Satz ist bei Betrachtung der Wirkung der letztgenannten Thatumstände an die Spitze zu stellen und im Auge zu behalten.

Er gilt zunächst für die strafbegründenden Eigenschaften und Verhältnisse.

Ihre, wie überhaupt der strafentscheidenden Umstände Wirkung müssen wir von zwei Gesichtspunkten aus betrachten, zum ersten, ob die betreffenden Umstände in der Person des Thäters vorliegen, bei den Teilnehmern hingegen fehlen und umgekehrt, und zum zweiten haben wir die beiden Gruppen der Teilnehmer, einerseits Mitthäter, andererseits Anstifter und Gehülfen, auseinanderzuhalten.

Um zu entscheiden, ob sich jemand an der That

*) Vgl. Oppenhoff § 50 N. 1; Schwarze S. 157; Krug S. 15; Olshausen (§ 50 N. 6) folgt der Ansicht Bindings.

eines anderen, die erst durch das Hinzutreten eines bestimmten Verhältnisses oder einer bestimmten Eigenschaft in der Person dieses anderen — des Thäters — zu einer strafbaren wird, auch dann als Mitthäter beteiligen kann, wenn ihm selbst diese strafbegründende Qualität fehlt, müssen wir davon ausgehen, dass wir den Mitthäter nicht als Teilnehmer bezw. accessorischen Teilnehmer, sondern als Thäter aufgefasst haben.

Dieser Ausgangspunkt führt uns mit Notwendigkeit zu der Schlussfolgerung, dass nur derjenige Mitthäter sein kann, der die betreffende Handlung auch als Alleinthäter hätte begehen können.

Von dieser Bestimmung werden wir nur dann eine Ausnahme machen dürfen, wenn der strafbegründende Umstand thatsächlichen Charakters ist. Als ein solcher thatsächlicher Umstand würde lediglich das Geschlecht in Frage kommen. Die Normen des Strafgesetzbuchs sind im allgemeinen für beide Geschlechter ohne Unterschied bestimmt und haben für beide bindende Kraft. Es kann demnach ein Mann so gut wie eine Frau Thäter und somit auch Mitthäter eines jeden Delikts sein, wie wir aus folgendem Beispiel ersehen :

Eine Frauensperson hat eine andere Frauensperson im Einverständnis mit einem Dritten in bewusstlosen Zustand versetzt, damit dieser Dritte sie zum ausserehelichen Beischlaf missbrauchen kann. Beide, der Dritte wie die erstgenannte Frau, sind zweifellos Mitthäter, beide haben ein Stück der Ausführungshandlung des Delikts des § 177 St. G. B. realisiert, die Frau durch die Bewirkung des bewusstlosen Zustandes, der

Dritte durch Vollziehung des Beischlafs unter Benutzung dieses Zustandes.*)

Hat aber das Strafgesetzbuch das Geschlecht ausdrücklich zum strafbegründenden Umstand erhoben, wie in den früher erwähnten §§ 175, 181a, 361 No. 6, so ergiebt sich hieraus, dass auch nur ein diesem Geschlecht Angehörender Thäter und ebenso Mitthäter sein kann.

Mitthäterschaft an dem Vergehen der Päderastie seitens einer Frau ist ebenso gut ausgeschlossen, wie seitens eines Mannes an der Uebertretung der gewerbsmässigen Unzucht einer Weibsperson.

Ist das strafbegründende Verhältnis nicht thatsächlichen sondern rechtlichen Charakters, so kommt unser vorhin aufgestellter Grundsatz voll zur Geltung, dass derjenige, dem diese strafbegründende Qualität abgeht, nicht Mitthäter sein kann, weil bei ihm die Möglichkeit einer Alleinthäterschaft, sei es der unmittelbaren oder der mittelbaren, abzulehnen ist. Die unmittelbare Thäterschaft ist begrifflich ausgeschlossen und die mittelbare aus dem Grunde, weil er nicht mit dem Vorsatz des Alleinthäters, der das Delikt in seinem ganzen Umfange umfassen muss, handeln kann.

Ein Nichtbeamter kann z. B. nicht Mitthäter eines reinen Amtsdelikts sein.

Der sich dergestalt Beteiligende geht aber deshalb nicht straflos aus, vielmehr müssen wir annehmen, dass er mit dem Gehülfenvorsatz gehandelt hat, seine Beteiligung demnach zur Beihülfe herabsinkt**).

*) Frank § 177 I, II, § 47 VI; Hälschner II S. 223; Olshausen § 177, N. 2b; Oppenhoff § 177 N. 3; Rubo N. 6; Rüdorff N. 2; a. M. Meyer S. 744.

**) Frank S. 68 VI, 63 III, 2; Oppenhoff § 47, N. 17; Kohler I, S. 131; Ortmann a. a. O. S. 392; teilweise überein-

Dies führt uns zu der zweiten Frage, ob denn Teilnahme im engeren Sinne, also Anstiftung und Beihülfe, an den hier in Rede stehenden Delikten möglich und strafbar ist, auch wenn bei dem Teilnehmer selbst der strafbegründende Umstand nicht vorliegt.

Wir müssen diese Frage entschieden bejahen und stützen uns einmal auf die accessorische Natur dieser Teilnahmearten und zum zweiten darauf, dass bei den strafbegründenden Verhältnissen die Ausnahmebestimmung des § 50 nicht Platz greift. Der Teilnehmer ist den §§ 48 und 49 St. G. B. entsprechend nach dem Gesetz zu bestrafen, dessen Thatbestand der Thäter erfüllt hat, gleichgültig, ob der Anstifter oder Gehülfe die That selbst hätten begehen können oder nicht.

Unsere Auffassung gilt bezüglich aller strafbegründenden Umstände ohne Ausnahme.

Eine Frau, die einen Mann zur Päderastie verleitet, ein Mann, der eine Frau, die nicht unter polizeilicher Sittenkontrolle steht, zur Ausübung gewerbsmässiger Unzucht bestimmt, ohne etwa ihr Zuhälter zu sein (§ 181 a), sind nach § 175 bezw. § 361 No. 6 in Verbindung mit § 48 St. G. B. zu bestrafen.

Ebenso verfällt der Anstifter- oder Gehülfenstrafe der Nichtverwandte, der einen Vater zur Blutschande mit seiner Tochter verleitet oder ihm hierzu Hülfe leistet, der Nichtbeamte, der einen Beamten zu einem reinen Amtsdelikt, der Civilist, der einen Soldaten zur Begehung eines reinen Militärverbrechens anstiftet oder ihm dazu behülflich ist.

---

stimmend Olshausen § 47 N. 17, S. 163 N. 5; Borchert S. 42. 106; v. Liszt S. 204 bezgl. der Mitthäterschaft, a. M., aber inkonsequent, bezgl. der mittelbaren Thäterschaft S. 201 N. 3; siehe unten S. 61.

Die von uns dargelegte Ansicht ist die herrschende*), nur bezüglich der sogenannten Standesdelikte finden sich vereinzelt andere Ansichten. Die Vertreter dieser stimmen aber in der Auffassung des § 50 St. G. B. im grossen und ganzen mit uns überein; nicht der Inhalt dieses Paragraphen führt sie zu einer abweichenden Meinung, sondern einerseits an den Begriff dieser Delikte, andererseits an die Teilnahmebestimmungen selbst geknüpfte Erwägungen. So behaupten v. Schwarze**) und Kohler***), dass Anstiftung und Beihülfe zu reinen Amtsverbrechen seitens eines Nichtbeamten nicht möglich bezw. nicht strafbar sei, weil diese Delikte lediglich gegen eine persönliche Beziehung gerichtet seien, sie daher nur von demjenigen begangen werden könnten, der in diesem persönlichen Verhältnis steht; sie seien nur in und mit letzterem möglich und beschränkten sich auf dasselbe.

In dieser Auffassung liegt aber eine Verkennung des Wesens der Amtsverbrechen. Man darf nicht annehmen, dass diese nur in einer Verletzung der subjektiven Amtspflicht bestehen, sie richten sich vielmehr gegen objektive Rechtsgüter, die nur durch einen Be-

---

*) Vgl. v. Liszt S. 215; Meyer S. 229; Binding Grundriss S. 129, Handbuch S. 185; Olshausen § 50 N. 2α, § 48 N. 20, § 49 N. 20, S. 164 N. 10; Frank S. 77 III, 71 III, 1, 74 II, 6; Oppenhoff § 50 N. 3, § 48 N. 4; v. Holtzendorff II S. 395; Birkmeyer S. 170; Borchert S. 19, 35; van Calker S. 135; Herzog a. a. O. S. 227; Stenglein: Zeitschrift f. Gerichtspraxis I, S. 211; Entschdg. d. R. Ger. VI S. 7, 415, XV S. 396 ff., XXV S. 234, XXVII S. 157 ff.

**) Kommentar S. 141, 150.

***) Studien I, S. 134 ff.

amten direkt verletzt werden können*). Diese Rechtsgüter hat auch der Nichtbeamte zu respektieren und er kann sie, wenn auch nicht unmittelbar, so doch dergestalt verletzen, dass er einen Beamten zur Begehung bestimmt oder ihm Hülfe leistet.

„Daraus, dass das Amtsdelikt nur von einem Beamten als Thäter verübt werden kann, folgt nicht, dass der Nichtbeamte es als eine erlaubte Handlung ansehen dürfte. Sein Wille, dass ein Amtsdelikt verübt werde, ist ein sittlich schuldhafter und wird zum rechtlich schuldhaften und strafbaren, wenn er sich als mitwirkend zu solchem Delikte bethätigt“ **).

Andere Schriftsteller hinwiederum, die bezüglich der Teilnahme an Amtsverbrechen unserer Auffassung sind, behaupten, dass die Anstiftung und Beihülfe eines Civilisten zu reinen Militärdelikten, soweit nicht das Reichsstrafgesetzbuch eine derartige Beteiligung zu selbständigen Reaten erhoben hat, straflos sei. Diese Ansicht wird im wesentlichen durch zwei Gründe gestützt.

Es könne, so wird an erster Stelle ausgeführt, die strafbare That, die die Teilnahmearten wegen ihrer accessorischen Natur voraussetzten, nur eine solche sein, die das bürgerliche Strafgesetzbuch selbst oder ein anderes bürgerliches Strafgesetz mit Strafe bedrohe; da aber die militärischen Verbrechen und Vergehen in dem bürgerlichen Strafgesetz nicht mit Strafe bedroht seien, so fehle es für das Accessorium, die Anstiftung und Beihülfe, an der Strafandrohung***).

---

*) Vgl. Oppenheim S. 18.
**) Hälschner I. S. 437.
***) Vgl. Koppmann S. 164; Sonanini S. 23, 24.

Diese Deduktion ist aber völlig irrig.

Die allgemeinen Grundsätze des Reichsstrafgesetzbuchs beherrschen das ganze Strafrecht; sie sind nicht nur für das Strafgesetzbuch selbst vorgesehen und massgebend, sondern auch für die bestehenden und später zur Entstehung kommenden Spezialgesetze, mögen diese letzteren nun zu den im § 2 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch bezeichneten Landesgesetzen oder zu den nach Inkrafttreten des Strafgesetzbuchs erlassenen Reichsgesetzen gehören. Es folgt dies aus dem genannten § 2.

Die Bestimmungen über die Teilnahme sind eben zu den „Materien" zu rechnen, die das Strafgesetzbuch erschöpfend behandelt hat und deren Andersregelung demnach für die in Kraft gebliebenen und später erlassenen Landesstrafgesetze ausgeschlossen ist*). Für die späteren Reichsspezialstrafgesetze, zu denen auch das Reichsmilitärstrafgesetzbuch gehört, gilt selbstredend die Besonderheit, dass sie von den allgemeinen Bestimmungen des Reichsstrafgesetzbuchs abweichende Vorschriften aufstellen „können". „Principiell" aber finden, falls diese besonderen Reichsgesetze keine abweichenden Bestimmungen enthalten, wie gesagt, die allgemeinen Grundsätze des R. St. G. B. auf sie gleichfalls Anwendung**).

Auch in den einschlägigen Paragraphen über die Teilnahme spricht das Gesetz nie davon, dass die Handlung, an der sich jemand beteiligt hat, in „diesem Gesetz" d. h. im Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich

*) Aus diesem Grunde ist z. B. die Bestimmung des § 4 des preussischen Forstdiebstahlgesetzes vom 15. April 1878 als nicht zu Recht bestehend anzusehen.

**) vgl. Olshausen S. 169 N. 9; Binding: Handbuch I, S. 306 ff., Entschdg. d. R. Ger. II S. 440, IV S. 2, V S. 436.

mit Strafe bedroht sein muss, es bedroht lediglich die Teilnahme an einer strafbaren Handlung*).

In zweiter Linie behaupten die Gegner, dass durch die Bestimmungen des Reichsmilitärstrafgesetzbuchs, insbesondere durch § 2 daselbst, eine Aenderung in der in Rede stehenden Frage nicht erfolgt sei, dass also nach wie vor nach der Auffassung der Gegner die Straflosigkeit der Teilnahme seitens der Civilpersonen feststehe**).

Auch nach unserer Ueberzeugung bieten weder die Bestimmungen des Militärstrafgesetzbuchs noch die Motive zu diesen den geringsten Anhalt, um aus ihnen die Strafbarkeit besagter Teilnahme herauszulesen, andererseits lassen sie aber auch nicht ihre Straflosigkeit erkennen, so dass wir, aber im entgegengesetzten Sinne, sagen müssen, dass alles nach wie vor geblieben ist, dass also die Teilnahme der Civilisten an rein militärischen Verbrechen und Vergehen nach wie vor den Regeln der §§ 48, 49 R. St. G. B. untersteht. Eine nähere Begründung müssen wir uns versagen, sie würde uns zu weit ab von unserem Thema führen***).

Es ist somit ganz belanglos, wie wir gezeigt haben, ob in dem Anstifter und Gehülfen der die Strafbarkeit der vom Thäter begangenen Handlung begründende per-

---

*) vgl. Entschdg. d. R. Ger. XV S. 397.

**) vgl. Koppmann und Sonanini am ang. Ort.

***) Wenn Hecker (S. 66 ff.) zu dem gleichen Resultat kommt wie wir, so beruht dies auf seiner Auslegung der Bestimmungen des R. M. St. G. B., die wir aber für irrig halten, während Hecker selbst wieder unsere Auffassung von der unmittelbaren Anwendbarkeit des R. St. G. B. nicht teilt.

sönliche Umstand vorliegt oder nicht, er wird gleichwohl als Teilnehmer bestraft, und es ist nur Frage der Strafzumessung, ob er höher zu bestrafen ist bei Gegebensein dieses Umstandes auch in seiner Person, oder niedriger bei Fehlen desselben.

Kehren wir nun die Sachlage um. Auf seiten des Teilnehmers liegt das strafbegründende Verhältnis vor, dagegen nicht auf seiten des Thäters.

Es liegt auf der Hand, dass in diesem Falle der Thäter gar keine strafbare Handlung begangen hat, es ist dies begrifflich ausgeschlossen. Wo aber keine strafbare Handlung, da auch keine strafbare Teilnahme, eine notwendige Folge der accessorischen Natur letzterer*).

So kann ein Beamter einen Nichtbeamten nicht zu einem reinen Amtsdelikt anstiften, ein Soldat einem Civilisten nicht bei einem reinen Militärverbrechen Hülfe leisten, ein Ehemannn nicht einen Dritten zum Ehebruch mit des ersteren Frau verleiten. In diesen Fällen den Teilnehmer als mittelbaren Thäter aufzufassen, halten wir für unzulässig**); nur dann ist dieser Begriff mit Recht zur Anwendung zu bringen, wenn sich der Teilnehmer eines sogen. menschlichen Werkzeugs bedient hätte, d. h. einer Person, der ein Schuldausschliessungsgrund zur Seite steht, die also das betreffende Delikt auch bei Vorliegen des strafbegründenden Verhältnisses nicht hätte begehen können.

---

*) Wir sagten Teilnahme, und meinen natürlich nur Anstiftung und Beihülfe; eine Mitthäterschaft im strengen Sinne des Wortes ist zwar dann auch nicht möglich, sie geht aber in Alleinthäterschaft über.

**) Ebenso anscheinend Frank S. 63 III., 3; a. M. Entschdg. des Reichsgerichts XXVIII. S. 109.

Das Strafgesetzbuch hebt diese Art der Thäterschaft selbst nicht hervor, sie ist erst von der Wissenschaft konstruiert worden, erfreut sich aber fast allgemeiner Anerkennung.

Die mittelbare Thäterschaft ist überall dann, aber auch nur dann gegeben, wenn sich jemand zur Herbeiführung eines Erfolges einer nicht haftenden Mittelsperson bedient. Zu diesen letzteren gehören: „unzurechnungsfähige dritte Personen, zurechnungsfähige dritte, sofern sie entweder ohne den erforderlichen Vorsatz handeln oder auf eine dem § 52 entsprechende Weise zur Handlung genötigt werden.“*)

Wer eine solche Person zur Begehung eines Verbrechens anstiftet oder ihr dazu Hülfe leistet, begeht dieses Verbrechen selbst als Thäter.

Es würde also auch der Beamte, der einen geisteskranken anderen Beamten oder Nichtbeamten zu einem reinen Amtsdelikt bestimmt, sich als Thäter dieses Delikts zu verantworten haben. Bei dieser Entscheidung setzen wir stets voraus, dass der angebliche Anstifter Kenntnis von der Willenslosigkeit des Angestifteten hatte, denn nur dann kann man bei ihm davon reden, dass er die That als seine eigene gewollt, dass er nicht mit Teilnehmer-, sondern mit Thätervorsatz gehandelt hat; war ihm aber die Unzurechnungsfähigkeit der Mittelsperson unbekannt, so wird man nur den Vorsatz des Anstifters oder Gehülfen, nicht des Thäters feststellen können; er geht dann straffrei aus, weil keine Thäterhandlung, an der er hätte teilnehmen können, vorliegt.

§ 8.

Die Wirkung der schuldausschliessenden Umstände

*) vgl. Frank S. 62 III.

ist ungleich einfacher darzustellen, wie die der strafbegründenden.

Wir können hier nämlich den Satz aussprechen, dass, mag ein solches Verhältnis oder eine solche Eigenschaft beim Thäter oder beim Teilnehmer gegeben sein, niemals eine strafbare „Teilnahme“ zur Entstehung kommt.

Wir erläutern diesen Satz am zweckmässigsten an Beispielen aus dem Gebiete dieser Thatumstände.

A hat das Kind B zu einem Diebstahl angestiftet. Dem Thäter steht der Schuldausschliessungsgrund des § 55 St. G. B. zur Seite, er hat also keine strafbare Handlung begangen, folglich kann A nicht wegen Anstiftung bestraft werden. Wohl aber hat sich A der mittelbaren Thäterschaft schuldig gemacht, wie aus dem vorhin Ausgeführten, auf das hier lediglich Bezug genommen wird, sich ergiebt.

Von der Mitthäterschaft in diesen Fällen ist gleichfalls nichts neues zu sagen, sie regelt sich nach den allgemeinen Grundsätzen.

Hat jemand mit einem Geisteskranken gemeinschaftlich ein Delikt begangen, gleichgültig, ob ihm die Unzurechnungsfähigkeit des letzteren bekannt war oder nicht, so ist er zwar nicht Mitthäter, es liegt aber kein Grund vor, ihn nicht als Alleinthäter zu bezeichnen, falls er nur die That auch als die seine gewollt und insbesondere ein Stück Ausführungshandlung realisiert hat.*)

Dass ebenso Anstiftung ausgeschlossen ist, wenn jemand einen Vater bestimmt, seinen Sohn zu züchtigen, bedarf keiner Erörterung, es müsste denn der Vater,

*) Olshausen § 47 N. 17; a. M. Frank S. 67 V, 3.

ebenfalls auf Veranlassung eines Dritten, sein Züchtigungsrecht überschritten haben, denn auch dieses erreicht da sein Ende, wo die Misshandlung beginnt.

Nehmen wir die umgekehrten Fälle. Ein Geisteskranker ist einem geistig Gesunden bei einem Morde behülflich, etwa in der Weise, dass seine Anwesenheit den Thäter zu dem entscheidenden Schlage ermutigt. Dieser Schuldausschliessungsgrund, der eine strafbare Hülfeleistung des Geisteskranken unmöglich macht, berührt die Strafbarkeit des Thäters nicht im geringsten.

Ein Förster veranlasst einen mit ihm jagenden Dritten auf einen nach seiner Aufforderung, sein Gewehr abzulegen, flüchtenden Wilderer zu schiessen, da er — der Förster — seine Gewehrläufe kurz vorher abgeschossen.

Hier wird eine straflose That nur dann anzunehmen sein, wenn der Förster seiner Dienstinstruktion entsprechend zur Uebertragung seines Rechts, in einem derartigen Falle die Waffe zu gebrauchen, berechtigt war.

Im Anschluss an die vorgeführten Fälle müssen wir auch der Frage näher treten, welche Konsequenzen zu ziehen sind, wenn in der Person eines der Beteiligten, des Thäters oder Teilnehmers, ein strafbegründender und ein schuldausschliessender Umstand zusammentreffen.

Dass dies vorkommen und rechtlich bedeutsam sein kann, erhellt aus folgendem Beispiel: ein Nichtbeamter bestimmt einen von ihm hypnotisierten Beamten, ein reines Amtsdelikt zu begehen.

Soviel ist auf den ersten Blick zu erkennen, dass auf seiten des Beamten eine strafbare Handlung nicht

vorliegt, somit eine Anstiftung seitens des Nichtbeamten anzunehmen hinfällig ist. Es fragt sich also nur, ob der Nichtbeamte als mittelbarer Thäter aufgefasst werden kann.

Wir finden die Antwort, wenn wir uns vergegenwärtigen, was wir von der Mitthäterschaft bei den strafbegründenden Umständen gesagt haben.

Wir haben dort dargethan, dass nur der Mitthäter sein kann, der die Handlung in Alleinthäterschaft hätte begehen können.

Das gleiche gilt für den mittelbaren Thäter. Da die mittelbare Thäterschaft wie die Mitthäterschaft ebenfalls dann ausgeschlossen ist, wenn rechtliche Gründe der Alleinthäterschaft im Wege stehen, so ist auch in unserem Beispiel der Nichtbeamte nicht als mittelbarer Thäter zu bestrafen, er geht vielmehr straffrei aus.

In gleicher Weise ist in allen den Fällen zu entscheiden, in denen das strafbegründende Verhältnis rechtlicher Natur ist, ist es thatsächlichen Charakters, nur in den Fällen, in denen das Gesetz diesen Umstand besonders hervorgehoben hat.*)

Wir geben zu, dass das Resultat ein unbefriedigendes ist, deshalb muss es aber nicht, wie v. Liszt**) behauptet, falsch sein; es ist nichts anderes, als die strenge Schlussfolgerung unserer Auffassung von der Mitthäterschaft und mittelbaren Thäterschaft. Bezüglich der Mitthäterschaft steht v. Liszt***) auf demselben Standpunkt, auch er hält Mitthäterschaft eines Nichtbeamten bei einem reinen Amtsdelikt für ausgeschlossen. Was aber von der Mitthäterschaft gilt, gilt konsequenter-

*) Frank S. 63; Borchert S. 106.

**) Lehrbuch S. 201, Note 3.

***) daselbst S. 204.

weise auch von der mittelbaren Thäterschaft, beide Begriffe müssen wir unbedingt gleichstellen.

Dass dann von einem Delikt, bezw. einer strafbaren Teilnahme, überhaupt nicht die Rede sein kann, wenn ein strafbegründender und ein schuldausschliessender Umstand in der Person des Teilnehmers zusammentreffen, bedarf nur der Erwähnung, nicht der Ausführung.

§ 9.

Von den schuldausschliessenden Thatumständen haben wir scharf die strafausschliessenden im engeren Sinne geschieden, und mit Recht, denn ihre Wirkung ist eine ganz andere.

Wenn wir die Behauptung aufstellen, dass sie die gleiche Wirkung äussern wie die strafändernden Umstände, so wird dies im ersten Augenblick befremden, da sie in dem Wortlaut des § 50 keine Erwähnung gefunden haben.

Hatten wir doch festgestellt, dass wegen der Ausnahmenatur dieses Paragraphen alle anderen Eigenschaften und Verhältnisse ausser den strafändernden den Regeln der §§ 47—49 St. G. B. zu unterwerfen seien!

Dem gegenüber verweisen wir darauf, dass wir bereits einmal Thatumstände, die an sich nicht unter die Vorschrift des § 50 fielen, dennoch mit der gleichen Wirkung, wie diese Vorschrift sie ausspricht, ausgestattet haben, nämlich die höchstpersönlichen Eigenschaften und Verhältnisse.

Was wir von diesen gesagt, gilt ebenso von den strafausschliessenden im engeren Sinne.

Dass diese letzteren in § 50 nicht erwähnt sind, ergiebt sich zunächst aus zwei Gründen; einmal beruht es auf allgemeinen Vernunftregeln, dass es auf den Teilnehmer ohne Einfluss sein muss, wenn der Gesetzgeber den Thäter wegen eines in des letzteren Person vorliegenden bestimmten Verhältnisses vor der Strafe bewahrt, und zweitens hat das Billigkeitsprincip, aus dem, wie wir wissen, § 50 erwachsen ist, hier gar keine Bedeutung, ja man kann sagen keine Berechtigung mehr.

Oder ist etwa die Ehefrau, die ihrem Gatten Geld entwendet, nicht ebenso strafwürdig, wie derjenige, der einen ihm fremden Menschen bestiehlt?

Wenn das Gesetz (§ 247 Abs. 2 St. G. B.) die Ehefrau straflos ausgehen lässt, so geschieht dies wahrlich nicht ihr sondern dem Bestohlenen zu liebe; letzterer soll vor dem strepitus fori, dem Skandal und dem moralischen Schaden bewahrt bleiben, der ihm aus einer Verurteilung seiner Ehefrau in breitester Oeffentlichkeit entstehen könnte und nach allgemeiner Erfahrung auch entstehen würde.

Aehnlich verhält es sich mit den übrigen hierhin zu rechnenden Fällen.

So dürfen wir auch bei diesen Umständen behaupten, dass ihre Erwähnung in § 50 überflüssig, weil selbstverständlich, gewesen wäre.

Diesen äusseren Gründen fügen wir zur Unterstützung unserer Behauptung von der den strafändernden Umständen gleichen Wirkung der strafausschliessenden im engeren Sinne einen inneren Grund hinzu.

Die Vorschriften, in denen derartigen Umständen strafausschliessende Wirkung beigelegt wird, berühren den in demselben Paragraphen normierten Thatbestand

nicht im geringsten, sie enthalten selbst weder eine Strafnorm noch einen strafrechtlichen Thatbestand.

Die Folge unserer Auffassung ist also, dass, wenn sie in der Person des Thäters vorliegen, dieser straffrei ausgeht, der Teilnehmer hingegen, mag er Mitthäter, Anstifter oder Gehülfe sein, wegen dieser seiner Beteiligung sich zu verantworten hat.

Durch Ueberredung eines Dritten wird ein Vater bestimmt, seinem Sohne, der wegen Raubes verfolgt wird, Mittel zur Flucht auszuhändigen. Der Vater bleibt mit Rücksicht auf § 257 Abs. 2. St. G. B. straflos, der Dritte ist wegen Anstiftung zur Begünstigung nach § 257 Abs. 1, 48 daselbst zu bestrafen.

Und umgekehrt: der Vater verleitet einen Dritten, seinen Sohn zu verbergen, um letzteren der Bestrafung zu entziehen. Auch hier liegt strafbare Begünstigung seitens des Dritten und straflose Anstiftung seitens des Vaters vor; denn Thäter wie Teilnehmer an einer Begünstigung bleiben, wenn sie zu dem Begünstigten in einem Angehörigkeitsverhältnis stehen, straflos*).

Zu diesen Entscheidungen führen uns mit Notwendigkeit Begriff und Bedeutung der strafausschliessenden Umstände im engeren Sinne.

Es erscheint daher auffallend, dass das Strafgesetzbuch in den §§ 247 Abs. 3. und 289 Abs. 5 noch besonders hervorhebt, dass die Bestimmungen dieser Paragraphen auf Teilnehmer, die nicht in den betreffenden persönlichen Verhältnissen stehen, keine Anwendung finden.

---

*) vgl. Olshausen § 50 N. 2a; Frank S. 77 IV, 333 IX; Entschdg. d. R. Ger. XIV S. 102.

Für die ersten Absätze der genannten Paragraphen ist diese Bestimmung offenbar überflüssig. So wird in § 247 Abs. 1 — wir wollen uns der einfacheren Darstellung wegen auf diesen Paragraphen beschränken — die Strafbarkeit des Diebstahls und der Unterschlagung von einer Prozessvoraussetzung, dem Antrag des Lehrherrn u. s. w., abhängig gemacht.

Hier ist es also klar, dass eine strafbare Handlung vorliegt, demnach auch die Teilnahme an diesen Delikten, selbst wenn ein Antrag nicht gestellt wird, zu bestrafen ist.

Die Beziehung der Bestimmung in Absatz 3 auch auf den zweiten Absatz des Paragraphen ist nur aus folgenden Gründen zu erklären*).

Der zweite Absatz ist inkorrekt gefasst, wenn er sagt, ein Diebstahl oder eine Unterschlagung, welche von Verwandten aufsteigender Linie gegen Verwandte absteigender Linie oder von einem Ehegatten gegen den anderen begangen worden ist, bleibt straflos. Der Gesetzgeber hat sicherlich nicht sagen wollen, dass ein derartiger Diebstahl u. s. w. kein Diebstahl sein sollte, er hat sich vielmehr nur dahin aussprechen wollen, dass die in einem der genannten Verhältnisse stehenden „Personen“ wegen des Diebstahls nicht zu bestrafen seien.

Um diese ungenaue Ausdrucksweise gleichsam zu korrigieren, ist der dritte Absatz aufgenommen worden, denn wenn der Diebstahl selbst keine strafbare Handlung sein sollte, wäre auch eine Teilnahme an sich ausgeschlossen, Absatz drei also erst recht unrichtig.

Einen weiteren Grund für seine Aufnahme erblicken

---

*) vgl. über diesen §: Olshausen Note 13, 14; Meyer S. 549; Hälschner II. S. 308.

wir noch darin, dass das Privilegium des § 247 auch denjenigen „Teilnehmern“ zu gute kommen sollte, die in dem in Rede stehenden Verhältnisse zu dem Thäter sich befinden. Dies hätte zweckmässiger aber in positiver Form ausgesprochen werden können.

Unter Berücksichtigung dieser Gründe würden also Absatz zwei und drei des § 247 besser so zu fassen sein:

„Begehen Verwandte aufsteigender Linie gegen Verwandte absteigender Linie oder ein Ehegatte gegen den anderen einen Diebstahl oder eine Unterschlagung, so bleiben diese Personen straflos.

Diese Bestimmung findet auf Teilnehmer oder Begünstiger, welche in einem der vorbezeichneten Verhältnisse stehen, gleichfalls Anwendung.“

Dieser letzte Absatz könnte nach unserer Auffassung sogar fehlen, denn er spricht nur das aus, was sich aus der Bedeutung der strafausschliessenden Umstände von selbst versteht.

Jos. Bach Wwe., Bonn.